

**PATRIMÔNIO TURÍSTICO
(TUTELA CIVIL)**

ANTONIO CARLOS BRASIL PINTO

**DISSERTAÇÃO APRESENTADA AO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA
UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
COMO REQUISITO À OBTENÇÃO DO TÍTULO DE
MESTRE EM CIÊNCIAS HUMANAS
ESPECIALIDADE DIREITO**

PROF. ORIENTADOR: DR. VOLNEI IVO CARLIN

**FLORIANÓPOLIS
1997**

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

A COMISSÃO EXAMINADORA, ABAIXO-ASSINADA, APROVA A
DISSERTAÇÃO PATRIMÔNIO TURÍSTICO (TUTELA CIVIL)

ELABORADA POR

ANTONIO CARLOS BRASIL PINTO

COMO REQUISITO PARCIAL A OBTENÇÃO DO GRAU DE MESTRE
EM DIREITO

COMISSÃO EXAMINADORA:


DR. VOLNEI PIVO MARLIN — PRESIDENTE


DR. GILBERTO D'ÁVILA RUFINO — MEMBRO


DR. PAULO HENRIQUE BLAS — MEMBRO


MS. LEILANE M. ZAVARIZI ROSA — SUPLENTE

Florianópolis, 15 de agosto de 1997

RESUMO

A presente dissertação relata pesquisa sobre o patrimônio turístico, como integrante do patrimônio cultural brasileiro, seus reflexos nos regimes de propriedade e nas dominialidades públicas e privadas, assim como sobre os mecanismos judiciais e extrajudiciais de sua tutela, no âmbito civil.

Partindo da premissa de que o legislador ordinário brasileiro adotou a noção ampla de meio ambiente, desdobrado em meio ambiente natural, artificial e cultural, busca-se provar que o conceito de patrimônio cultural transcende a ótica restrita dos bens, valores e direitos históricos e artísticos, eis que permeando tais bens situam-se outros tantos, inseridos na dinâmica do cotidiano, porém não incluídos como bens culturais, especialmente na formulação das políticas públicas, econômicas e tecnológicas, permanecendo anônimos aos olhos do legislador ordinário, além de despertarem pouca curiosidade no seio da comunidade jurídica nacional.

Nesta linha de raciocínio, dentre os esquecidos, destaca-se o patrimônio turístico, justamente aquele que congrega todos os demais bens insertos na noção de patrimônio cultural e no conceito amplo de meio ambiente, valendo sublinhar a escassa aplicação prática da legislação ordinária e específica existente, qual seja, a Lei nº 6.513/77.

Situado o patrimônio turístico como integrante do patrimônio cultural, busca-se definir sua natureza jurídica, sublinhando sua identidade com as expressão bens e direitos de valor turístico, para concluir que num e noutro caso, trata-se de patrimônio público e social, de uso comum do povo.

Examina-se a nova categoria, de base constitucional, de bens públicos ou privados de interesse público, ante sua subordinação ao uso social, como reflexo imediato no regime da propriedade.

A formulação de conceito para a função turística da propriedade é precedida pelo estudo das suas funções social e ambiental, o princípio de tolerabilidade, e a estética urbana.

Com o propósito de analisar reflexos específicos, derivados da incidência do patrimônio turístico, são enfocadas as categorias jurídicas da propriedade pública e privada, do direito de domínio, do domínio público e eminente, e a questão pertinente à titularidade coletiva, em sentido amplo, de tal patrimônio. Para demonstrar a difusidade em sede de lesão ao patrimônio turístico, examina-se o *interesse*, individual, social, geral e públicos primários e secundários, culminando pelo estabelecimento da razão de ser da distinção entre interesses difusos e coletivos, as respectivas conceituações e a irrestrita aplicabilidade em sede de patrimônio turístico.

São examinados, a seguir, os mecanismos de tutela judicial e extrajudicial do patrimônio turístico. No estudo da ação civil pública e na abordagem da legitimação para agir, sublinha-se a moderna tendência de superação da tradicional dicotomia entre legitimação ordinária e extraordinária, realçando as opiniões que a situam como mista, independente e autônoma, demonstrando-se com base em hipóteses reais, que a questão do foro competente para a ação também é definida pela demonstração de legítimo interesse real para a causa, independentemente das dominialidades existentes sobre os locais de incidência do patrimônio turístico.

Examina-se ainda o tombamento, a preservação por decisão do Poder Judiciário, a questão do solo criado, o mandado de segurança coletivo, a ação popular, a desapropriação, o termo de ajustamento de condutas no inquérito civil, as ações privadas e o mandado de segurança individual, quando utilizáveis na proteção do patrimônio turístico.

A técnica de pesquisa adotada é a bibliográfica e documental, com a retirada de aportes doutrinários, da legislação e da jurisprudência.

ABSTRACT

This dissertation discusses the research about the touristical patrimony as part of the Brazilian cultural patrimony, its influence on the regime of property and the public and private dominialities. It also deals with the judicial and extra-judicial mechanisms, under the civil aspect, which are used to protect this touristical patrimony.

Considering that the Brazilian ordinary legislator has adopted the wide concept of environment, splitting it into cultural, artificial and natural environment, the author tries to prove that the concept of cultural patrimony goes beyond the notion of goods, values, historical and artistical rights. This is due to the fact that, among such goods, there are others, which, despite being inserted in our daily life, are not treated as cultural goods, especially concerning the formulation of the technological and economical public policies. Neither the ordinary legislator, nor the national juridical community confer these goods the proper importance.

Among the forgotten goods, the touristical patrimony stands out. It is exactly the one item congregates all the other goods inserted in the notion of cultural patrimony and in the large concept of environment. It is also important to state the deficient practical application of the ordinary existing legislation, represented by the Law 6.513/77.

Once the touristical patrimony has been located as a part of the cultural patrimony, one tries to define its juridical nature, underlying its identify with the expression goods and rights of touristical value, to conclude that in either one or the other case, it must be referred as social and public patrimony, of common use of the people.

This new category, constitutionally based, of public goods, or private goods of public interest are examined in face of its submission to social use as an immediate reflex on the property regime.

The building of the concept for the touristical function of the property is preceded by the study of its environmental and social functions, the tolerability principle, and the urban aesthetics.

Aiming the analysis of specific reflexes, originating from the incidence of the touristical patrimony, the juridical categories of private and public property, the right of dominion, the eminent and public dominion and the matter concerning the collective titularity of such patrimony, are focused. To demonstrate the diffusion related to the aspect of harm caused to the touristical patrimony, the *interest*, individual, social, general, and public, secondary and primary, are examined. Finally, the distinction between collective and diffuse interests, their respective concepts and their large applicability on the area of the touristical patrimony, is established.

Next, the judicial and extra-judicial mechanisms of protection of the touristical patrimony are examined. In the study of the Civil Public Lawsuit and in the broaching of the legitimation to sue, the modern tendency of the superation of the traditional dicotomy between ordinary and extraordinary legitimation is emphasized, the opinions that situate this dicotomy as mixed, independent and autonomous are pointed out, demonstrating, based on real facts, that the question of competent court for the lawsuit, is also defined by the demonstration of real legitimate interest for the cause, independently of the existing dominialities of the places of incidence of the touristical patrimony.

Also, other elements are examined, as far as they can be used in the protection of the touristical patrimony, such as, registering of goods for state protection and conservation, preservation by decision of the Judiciary Power, the subject concerning the created soil, the collective writ, the Popular Lawsuit, the expropriation, the term of adjustment of conducts in the civil inquiry, the private lawsuits and the individual writs.

The bibliographical and documental research technique is used, based on the doctrine, legislation and jurisprudence.

Sumário

Introdução	VII
1. Objeto e objetivos	VII
2. Aspectos Metodológicos	X
3. Revisão Bibliográfica	X
 Capítulo I — Patrimônio Turístico e a Composição do Patrimônio Cultural Brasileiro	1
1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS	1
2. AS VARIÁVEIS FORMADORAS DO PATRIMÔNIO CULTURAL BRASILEIRO	4
2.1 A NOÇÃO ESTREITA DE MEIO AMBIENTE	4
2.2 A NOÇÃO ATUAL DE MEIO AMBIENTE	5
2.3 O MEIO AMBIENTE CULTURAL	8
2.4 ANTECEDENTES HISTÓRICO-LEGISLATIVOS DA PROTEÇÃO CULTURAL NO BRASIL	9
2.5 O SIGNIFICADO DAS PALAVRAS PATRIMÔNIO E NACIONAL EM SEDE TURÍSTICA E CULTURAL	14
2.6 O TURISMO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988	16
2.7 O FENÔMENO E A VOCAÇÃO TURÍSTICA	18
3. PATRIMÔNIO TURÍSTICO	20
3.1 O CONCEITO E SEUS ANTECEDENTES	20
3.2. DA POLÍTICA NACIONAL DE TURISMO E LEGISLAÇÃO INSTITUCIONAL	24
3.3. A LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA VIGENTE. SUA ESCASSA APLICAÇÃO PRÁTICA	26
3.4. DAS PENALIDADES, SEGUNDO A LEI Nº 6.513/77	32
3.5. DA AÇÃO DE ESTADOS E MUNICÍPIOS, SEGUNDO A LEI 6.513/77	33

4. A IDÊNTICA NATUREZA JURÍDICA DO PATRIMÔNIO TURÍSTICO E DOS BENS E DIREITOS QUE O COMPÕEM	35
4.1. BENS E DIREITOS DE VALOR TURÍSTICO COMO PATRIMÔNIO PÚBLICO	35
4.2. BENS DE INTERESSE PÚBLICO. UMA NOVA CATEGORIA	36
4.3. O SIGNIFICADO DA PALAVRA DIREITOS EM SEDE DE PATRIMÔNIO TURÍSTICO E CULTURAL	38
4.4. O SIGNIFICADO DA PALAVRA VALOR EM SEDE DE PATRIMÔNIO TURÍSTICO E CULTURAL	41
4.5. O SIGNIFICADO DA PALAVRA BENS EM SEDE DE PATRIMÔNIO TURÍSTICO E CULTURAL	42
4.6. O BEM PÚBLICO	47
4.7. O USO COMUM DO POVO	48
4.8. O PATRIMÔNIO SOCIAL	50
5. O ART. 1º, § 1º DA 4.717/65 E O ART. 1º, INC.III DA LEI 7.347/85 FRENTE À DICÇÃO CONSTITUCIONAL DO ART. 24, VII E VIII, DA CF /88. UMA INTERPRETAÇÃO	52
6. REFLEXOS IMEDIATOS NA PROPRIEDADE PÚBLICA E PRIVADA	57

Capítulo II — Propriedade e os Desdobramentos da sua Função Social

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS.....	62
2. DA FUNÇÃO SOCIAL E A PROPRIEDADE NA ORDEM ECONÔMICA	64
2.1 O RETROSPECTO CONSTITUCIONAL DA QUESTÃO	64
2.2 A ORDEM CONSTITUCIONAL VIGENTE	69
2.3 A CONCEPÇÃO DO CÓDIGO CIVIL	78
2.4 MEIO AMBIENTE, FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E O DIREITO ADMINISTRATIVO	81
2.5 DO CONCEITO JURÍDICO DE FUNÇÃO	84
3. A FUNÇÃO AMBIENTAL DA PROPRIEDADE	88
3.1 DA PUBLICIZAÇÃO DA PROPRIEDADE	88
3.2 FUNÇÃO PÚBLICA E FUNÇÃO PRIVADA.	91
3.3 DA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA	93
3.4 DA APLICABILIDADE IMEDIATA DA DISCIPLINA CONSTITUCIONAL	95
3.5 DO PRINCÍPIO DA TOLERABILIDADE	105
4. DIREITO AMBIENTAL E FUNÇÃO TURÍSTICA DA PROPRIEDADE	112
4.1 ATIVIDADE TURÍSTICA, PRESERVAÇÃO E URBANISMO	112
4.2 DA ESTÉTICA URBANA E DO DIREITO À PAISAGEM.....	123
4.3 DA GESTÃO DO DOMÍNIO FEDERAL NO LITORAL	134
4.4 FUNÇÃO TURÍSTICA DA PROPRIEDADE — UM CONCEITO	140

Capítulo III — Do Domínio Público e Patrimônio Turístico. Instrumentos de Tutela Civil.....

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS	142
2. DO DOMÍNIO E DA PROPRIEDADE	144
2.1 DO DIREITO DE DOMÍNIO E DO DIREITO DE PROPRIEDADE	144
2.2 DO DIREITO DE DOMÍNIO E DOMÍNIO PÚBLICO	146
2.3 DA PROPRIEDADE PRIVADA, DO DOMÍNIO PÚBLICO, DOMÍNIO EMINENTE E DA TITULARIDADE COLETIVA	149
3. DO INTERESSE.....	155

3.1 NOÇÕES PRELIMINARES. DO INTERESSE SOCIAL, GERAL E PÚBLICO	155
3.2 INTERESSE PÚBLICO PRIMÁRIO E SECUNDÁRIO	158
3.3 DO PROCESSO DE FORMAÇÃO DO “COLETIVO”	160
3.4 DA RAZÃO DA DISTINÇÃO ENTRE INTERESSES COLETIVOS E DIFUSOS	163
3.5 DO INTERESSE COLETIVO PROPRIAMENTE DITO E DO INTERESSE INDIVIDUAL HOMOGÊNEO	165
3.6 DOS INTERESSES DIFUSOS	167
3.7 DA LESÃO AO PATRIMÔNIO TURÍSTICO E SUA DIFUSIDADE	171
4. INSTRUMENTOS JUDICIAIS E EXTRAJUDICIAIS DE DEFESA DO PATRIMÔNIO TURÍSTICO	176
4.1 DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA	176
4.2 DA LEGITIMAÇÃO PARA AGIR E COMPETÊNCIA DE JUÍZO E FORO PARA A AÇÃO CIVIL PÚBLICA	180
5. OUTROS INSTRUMENTOS DE DEFESA DO PATRIMÔNIO TURÍSTICO	191
5.1 DO INQUÉRITO CIVIL PÚBLICO	191
5.2 DO TOMBAMENTO	192
5.3 DA PRESERVAÇÃO POR DECISÃO DO PODER JUDICIÁRIO	195
5.4 DO SOLO CRIADO	197
5.5 DO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO	200
5.6 AÇÃO POPULAR E DO DIREITO DE INFORMAÇÃO	201
5.7 DA DESAPROPRIAÇÃO	204
5.8 DA DEFESA JUDICIAL PRIVADA DO PATRIMÔNIO TURÍSTICO E DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA	205
Considerações Finais	208
Anexos	214
ANEXO I	214
ANEXO II	226
Bibliografia	240

INTRODUÇÃO

1. Objeto e objetivos

A elaboração da presente dissertação tem por tema central o estudo das expressões constitucionais “patrimônio turístico e bens de direitos de valor turístico”, situando-as no contexto do patrimônio cultural brasileiro, assim, como de seus reflexos nos regimes de propriedade e nas dominialidades públicas e privadas, culminando com o exame dos mecanismos judiciais e extrajudiciais de sua tutela, no âmbito civil.

A história das reformas constitucionais brasileiras mostra o aumento da dominialidade pública no que concerne aos recursos naturais. A Constituição Federal de 1988 ampliou o quadro dos bens públicos naturais, incluindo as praias marítimas e fluviais, as cavidades naturais subterrâneas, os sítios arqueológicos e pre-históricos.

O fato dos bens naturais estarem incluídos como de dominialidade da União não vinha representando adequada proteção, eis que acabavam eles privatizados ou transformados sem critérios lógicos pelo próprio Poder Público.

A legislação ordinária, não obstante, antecipara-se à Constituição, formulando diretrizes sobre essa nova visão do patrimônio ambiental: a Lei nº 5.197/67 (proteção à fauna) diz que “a fauna silvestre, seus ninhos, abrigos e criadouros naturais são propriedade do Estado (artigo 10); o Decreto nº 84.017/79 (regulamentação dos parques nacionais) afirma que esses espaços especiais “são bens da União destinados ao uso comum do povo” (artigos 10 e 20); a Lei nº 6.938/81, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, preconiza que

o meio ambiente é considerado como “patrimônio público a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo” (art. 20) e a Lei ° 6.766/88 (lei de gerenciamento costeiro) assegura que “as praias são bens públicos de uso comum do povo (artigo 10, “caput”).

Então, a Constituição Federal de 1988 veio associar o uso dos bens ambientais pela coletividade a outra idéia, qual seja, a da “sadia qualidade de vida”. Essa qualidade não constituiu valor acessório, mas, segundo o explícito mandamento constitucional, um bem “essencial” . A nova visão atinge, portanto, não somente os bens ambientais já mencionados na legislação ordinária, como todo e qualquer bem ou recurso ambiental, independentemente de as regras posteriores ou menores estarem explícitas ou não. Decorre, portanto, da combinação do artigo da 225, “caput”, com o art. 20 ambos da Constituição Federal, que os bens ambientais não podem ser utilizados, seja pelo poder público, seja pelos particulares, de forma a ser impedida ou dificultada a sua fruição coletiva, ou agredida a sadia qualidade de vida. Ainda que o texto constitucional esteja centrado no homem, no modo de gerir os bens naturais, certo é que encontramos no artigo 225 também mecanismos de imposição de adequada utilização dos recursos naturais, objetivando evitar sejam eles colocados em perigo de extinção.

É inegável o extraordinário avanço brasileiro, ao inserir na Constituição uma disciplina de preservação do meio ambiente, incluída a introdução do conceito de “sadia qualidade de vida” e afetando-o como “bem de uso comum do povo”.

Não obstante, trouxe também a Carta Magna expressa referência ao “patrimônio turístico” (art. 24, VII), assim como a “bens e direitos de valor turístico, (art. 24, VIII), aduzindo ainda no art. 180 que “a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios promoverão e incentivarão o turismo como fator de desenvolvimento social e econômico”.

Diante da referência constitucional, é preciso então elucidar o significado e o alcance jurídico dessas expressões, não só diante das diretrizes de preservação do meio ambiente natural , mas também diante do teor do art. 216, da Constituição Federal, que aborda o patrimônio cultural brasileiro e suas variáveis de composição.

É necessário esclarecer a questão das dominialidades e os reflexos derivados da incidência do valor turístico no domínio público, privado e nos regimes de propriedade, já que o patrimônio turístico assenta-se indistintamente sobre todos eles. É preciso ainda definir a quem pertence esse patrimônio, qual o foro competente para demandas judiciais que objetivem o seu resguardo, e quais os mecanismos judiciais e extrajudiciais que o tutelam, e quem são os legitimados a defendê-lo.

Com o propósito de responder a tais indagações, o trabalho subdivide-se em três capítulos.

O primeiro almeja situar o patrimônio turístico na composição do patrimônio cultural brasileiro. Para tanto, são examinadas as noções de meio ambiente, no seu desdobramento em natural, artificial e cultural, e os antecedentes histórico-legislativos da proteção cultural no Brasil. Examina-se a seguir o significado da expressão *patrimônio nacional*, em sede turística e cultural, e o tratamento dispensado ao turismo na Constituição de 88. Em seguida, são abordadas as categorias *fenômeno e vocação turística*, culminando com o exame do conceito de patrimônio turístico e seus antecedentes legislativos. O passo seguinte é a análise da legislação ordinária que aborda o tema, mais precisamente a Lei nº 6.513/77. Seguem, a indicação da natureza jurídica do patrimônio turístico e dos bens e direitos que o compõem e o exame do significado jurídico das palavras *direitos, valor e bens*, em sede de patrimônio turístico e cultural. Aborda-se também o bem público, o uso comum do povo e o patrimônio social, culminando o capítulo com o exame dos reflexos imediatos dessas categorias na propriedade pública e privada.

O segundo capítulo, direciona-se ao estudo da propriedade-função, mormente diante da ordem constitucional vigente, examinando-se o conceito de função e a função social, ambiental e turística da propriedade, a estética urbana, formulando-se no arremate um conceito para a função turística.

No terceiro e último capítulo, examina-se a defesa judicial e extrajudicial do patrimônio turístico. Para tanto, também objetivando definir a competência jurisdicional, são examinados os institutos do domínio, da propriedade e do domínio eminente. Um tópico é dedicado ao estudo do *interesse* e seus desdobramentos em social, geral, público, primário, secundário, coletivo e difuso. Por derradeiro, examina-se os mecanismos judiciais e extrajudiciais de defesa do patrimônio turístico, com especial ênfase à ação civil pública e a legitimação para agir.

As categorias básicas empregadas no estudo são: Meio Ambiente Natural, Artificial e Cultural, Patrimônio Turístico, Bens e Direitos de Valor Turístico, Patrimônio Cultural, Patrimônio Nacional, Turismo, Fenômeno e Vocação Turística, Bens de Interesse Público, O Uso Comum do Povo, Patrimônio Social, Propriedade, Função, Função Social, Ambiental e Turística da Propriedade, Tolerabilidade, Domínio Público e Eminente, Interesse Social, Geral, Público, Coletivo e Difuso e Legitimação para Agir.

Os conceitos operacionais encontram-se no texto, não necessariamente na ordem acima apontada.

Registre-se, por último, que conforme decisão do Colegiado do CPGD, “a aprovação do presente trabalho acadêmico não significará o endosso

do Profº Orientador, da Banca Examinadora e do CPGD/UFUSC à ideologia e aos conceitos que o fundamentam ou que nele são expostos, sendo todas as opiniões de exclusiva responsabilidade do mestrando”.

2. Aspectos Metodológicos

A técnica de pesquisa adotada é a da pesquisa bibliográfica e documental, que retira aportes da doutrina, da legislação e da jurisprudência. Foi utilizado o método dedutivo, preferencialmente, e o indutivo, eventualmente, respeitando-se a melhor adaptação ao conteúdo em explanação. A técnica procedimental é monográfica.

O trabalho está inserto na área de concentração “Instituições Político-Jurídicas” e as linhas de pesquisa são “Direito e a Pós-Modernidade e Direito Ambiental”.

3. Revisão Bibliográfica

O objetivo central deste trabalho ainda não foi devidamente explorado pela doutrina, porquanto poucas e sucintas manifestações aventam especificamente o estudo do patrimônio turístico, como integrante do patrimônio cultural brasileiro, mormente se agregados nesta categoria jurídica os bens que compõem o meio ambiente em sentido amplo, ou seja, natural, cultural e artificial, e os seus reflexos nos regimes da propriedade e nos domínios públicos e privados.

Idêntica carência se verifica no pertinente ao estudo de mecanismos judiciais e extrajudiciais específicos de sua defesa.

Não obstante, releva sublinhar o alicerce doutrinário em relação à linha mestra da presente dissertação.

A, José Afonso da Silva, em Direito Urbanístico Brasileiro, 2º ed., São Paulo, Malheiros, 1995, afirma que “o fenômeno turístico se manifesta pelo deslocamento de pessoas para lugares que lhe proporcionem especial atração de beleza, lazer, divertimento, comodidade e repousa”. (p. 353)

ed.,

B. Joandre Antonio Ferraz, em *Regime Jurídico do Turismo*, Campinas, Papirus, 1992, aduz que “entende-se por patrimônio turístico o conjunto de bens naturais e culturais, que por suas características intrínsecas, possuem atratividade para a visitação”. (p. 49)

C. Helita Barreira Custódio, no verbete *Turismo*, da Enciclopédia Saraiva de Direito, v. 75, p. 319-339, menciona que as regras disciplinadoras do fenômeno turístico, dada sua importância, especialmente em relação aos setores culturais e econômico, apresentam-se como evidência de efetiva intervenção do Estado, logicamente de intensos reflexos no exercício de direitos individuais.

D. Eros Roberto Grau, em Enciclopédia Saraiva de Direito, v. 39, p. 25, interpretando a ordem constitucional que acolheu o princípio da função social da propriedade, aduziu que “a propriedade como instituto genérico, permanece garantida em nível constitucional, apenas sendo demarcado o âmbito do direito que lhe corresponde pelas disposições indicadas — que, naturalmente, são objeto de desenvolvimentos posteriores em lei ordinária”.

E. Toshio Mukai, em *Direito Ambiental Sistematizado*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1992, p. 30, ao aludir a inserção dos princípios da função social da propriedade e da defesa do meio ambiente no art. 170, da Constituição Federal de 88, capítulo dedicado à Ordem Econômica, asseverou, forte em Canotilho, que não vê qualquer possibilidade de conflito entre estes e os demais princípios ali estampados, já que “a democracia social é a regra básica de interpretação de todos os princípios aí colocados pelo nosso constituinte”.

F. Antonio Herman Benjamin, em *Função Ambiental*, em *Dano Ambiental, Prevenção, Reparação e Repressão*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993, p. 50-51, sustentando que dos princípios constitucionais que balizam a função social da propriedade, emerge também a função ambiental da propriedade, sublinha que “ao contrário da grande maioria das funções legalmente estabelecidas, a função ambiental não é exclusivamente pública” já que o seu exercício é “outorgado a outros sujeitos além do Estado”, dentre os quais o cidadão, agindo coletivamente.

G. Michel Despax, em *Droit de L'environnement*, Paris, Librairies Techniques, 1980, p. 487, tece interessante consideração, ao aduzir que não existe uma definição jurídica precisa versando sobre lugar ou espaço natural, sendo que o legislador apenas refere a noção de que existem, sejam monumentos naturais ou locais nos quais a conservação e a preservação se impõem, ante seu valor artístico, histórico, científico, legendário ou pitoresco, como interesse geral.

H. Rodolfo de Camargo Mancuso, em *Interesse Difuso: conceito e legitimação para agir*, 2 ed. rev. e atual., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991, p. 13, agrega que no plano ético-normativo, valor pode ser entendido co-

mo o interesse que interliga uma pessoa a um bem da vida, na busca de uma situação de vantagem. No plano jurídico, a valoração é diversa porque é derivada de valor certo, anotado na norma, ponto essencial para informar a distinção entre o individual e coletivo em sentido amplo.

Gravada a idéia de que as noções de interesse coletivo em sentido amplo aplicam-se, sem restrição, em sede de patrimônio turístico, são examinados os instrumentos de sua defesa.

Por óbvias razões, a ação civil pública mereceu análise mais detida, em especial a questão relativa à legitimação para agir.

I. Nelson Nery Júnior e Rosa Maria B. B. de Andrade Nery, em Responsabilidade Civil, Meio Ambiente e Ação Coletiva ambiental, em Dano ambiental, Prevenção, Reparação e Repressão, São Paulo, Revista dos Tribunais 1993, p. 298, defendendo a idéia de que a legitimação em sede difusa é autônoma: “Nunca é demais lembrar que os institutos do processo civil ortodoxo não mais atendem à necessidade de hoje, no campo dos direitos difusos e coletivos. Criada para solucionar lides de natureza individual, a legitimação para a causa como condição da ação, está a merecer outra construção dogmática, que deverá levar em consideração o fim a que se destina essa legitimação: a defesa em juízo, de direitos meta e supraindividuais. Em consequência, não cabe nesta sede falar-se da dicotomia clássica da legitimação em ordinária e extraordinária, mas sim da supressão dessa divisão, como está ocorrendo na Alemanha, onde a doutrina mais moderna fala em legitimação autônoma para condução do processo [...] e não mais em substituição processual para qualificar essa legitimação do Ministério Público e associações para virem a juízo na defesa dos direitos coletivos e difusos.

CAPÍTULO I — PATRIMÔNIO TURÍSTICO E A COMPOSIÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL BRASILEIRO

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Recentemente, o número de seres humanos no planeta atingiu a casa dos 5 bilhões. Segundo projeções demográficas apresentadas pela Comissão Mundial Sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, essa cifra será superior a 8 bilhões já no ano de 2020.¹

Tal aumento populacional tem transformado o homem numa verdadeira ameaça aos demais seres do planeta, frente ao efetivo comprometimento da biosfera, especialmente dada a necessidade de produção de alimentos e de obtenção de matéria-prima para as indústrias. Esse estado fático, de todos amplamente conhecido, pode provocar, em curto espaço de tempo, o colapso total dos sistemas biológicos, que são caracterizados pela interdependência, o que faz com que os resultados de cada ação contra a natureza sejam acrescidos a todo o dano ambiental já provocado.²

Elucidativas as palavras de Neimam:

Vivemos atualmente uma época de grandes preocupações ecológicas. Isto porque estamos diante de um quadro de degradação ambiental tão grande que já existe ameaça para a própria continuidade da vida em nosso planeta. Ao longo de sua história evolutiva, o homem tem sido o maior responsável pela destruição da natureza, mas nunca chegamos tão longe. A poluição, os desmatamentos, a exploração irracional dos recursos naturais, a degradação dos solos agriculturáveis e outras

1 — Nosso Futuro Comum. Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, 2º ed. Editora Fundação Getúlio Vargas, 1991, p. 110.

2 BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Tutela do meio ambiente: a legitimação ativa do cidadão brasileiro. **Revista Forense**, São Paulo, v. 82, nº 698, p.13 /16, dez. 1993, p.14.

agressões atingiram, no último século, níveis inadmissíveis.³

Então, diante de questões de tamanha envergadura, inclina-se o mundo civilizado atual, ao debate do problema ecológico, “cuja causa última talvez seja o domínio do ter sobre o ser”.⁴

O marco histórico preponderante do despertar da consciência ecológica mundial foi a Conferência das Nações Unidas Sobre Meio Ambiente, realizada em Estocolmo em 1972, derivada do posicionamento dos países ricos e industrializados, frente ao então já comprovado e preocupante comprometimento dos recursos naturais, causado pelo seus próprios modelos de desenvolvimento.⁵

Assistiu-se, a seguir, especialmente no correr das décadas de 70 e 80, ao marcante crescimento da preocupação com o meio ambiente. Se de um lado ecólogos, economistas e políticos, promoviam o alerta quanto aos efeitos de uma catástrofe ambiental que se avizinhava sobre o planeta, de outro, a Ciência do Direito e os juristas, refletindo essa nova ordem de preocupações, e viabilizando mecanismos de incorporação da proteção do meio ambiente nos diversos corpos legislativos, haja vista múltiplos fatores, como o esgotamento de recursos naturais, comprometimento de mananciais de água potável, o desaparecimento contínuo de espécies, a erosão de solos férteis, dentre outros tantos.

Tais ponderações, inegavelmente, reclamam o exame prévio da noção de meio ambiente e de seus significados, valendo ressaltar que a doutrina nem sempre esteve pacificada a respeito, eis que a idéia de meio ambiente, verdadeira noção “camaleão”, que, de certo modo, acaba por exprimir, de uma forma ou de outra, as paixões, as expectativas e as incompreensões daqueles que

3 NEIMAN, Zysman. **Era verde? — ecossistemas brasileiros ameaçados**. 5º ed. São Paulo: Atual, 1991. p. 3-4.

4 cf. CHIAVENATO, Júlio José. **O massacre da Natureza**. São Paulo: Moderna, 1989. p.8-9.

5 “Um fenômeno que se pode descrever como um movimento mundial da consciência ambiental apareceu subitamente durante dois anos, 1968 a 1970. Parecia que, de repente, todo o mundo estava preocupado com poluição, áreas naturais, crescimento populacional e consumo de alimentos e energia, conforme a ampla cobertura de assuntos ambientais na imprensa popular. O aumento da atenção pública afetou profundamente a ecologia acadêmica. Antes dos anos setenta, a ecologia era vista, em grande parte, como uma subdivisão da biologia. [...] Embora a ecologia permaneça firmemente radicada na biologia, ela já ganhou a maioria como uma disciplina integradora essencialmente nova, que une os processos físicos e biológicos e serve de ponte de ligação entre as ciências naturais e as ciências sociais.” ODUM, Eugene P. **Ecologia**. [Basic ecology] trad. Christopher J. Tribe. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1988. p. 2.

dela tratam.⁶

Ademais, o tema apresenta-se de equacionamento complexo, porquanto seu perfeito entendimento, ante evidente multidisciplinariedade, depende de conhecimentos que vão além da teoria do direito.

Por isso, a afirmação doutrinária de que a noção de meio ambiente é visualizada desde duas perspectivas, uma estreita e outra ampla.⁷

6 cf. PRIEUR, Michel, **Droit de l'environnement**. Paris: Dalloz, 1984, p.2. "1. — **L'environnement notion caméléon.** — L'environnement est un mot que au premier abord exprime fortement des passions, des espoirs, des incompréhensions. Selon le contexte dans lequel il est utilisé, il sera entendu comme étant une idée à la mode (2), un luxe pour pays riches, un mythe (3), un thème de contestation issu des idées hippies et soixante-huitardes, un retour à la bougie, une nouvelle terreur de l'an 1000 liée à l'imprévisibilité des catastrophes écologiques, les fleurs et les petits oiseaux, un cri d'alarme des économistes et philosophes sur les limites de la croissance, l'annonce de l'épuisement des ressources naturelles, un nouveau marché de l'anti-pollution, une utopie contradictoire avec le mythe de la croissance. Mais l'environnement est devenu une préoccupation majeure non seulement des pays riches mais aussi des pays pauvres car il n'a fait que faire éclater au grand jour ce que résultait depuis longtemps des réflexions des naturalistes et écologues, à savoir que l'homme comme espèce vivante fait partie d'un système complexe de relations et d'interrelations avec son milieu naturel (4).

7 cf. MILARÉ, Édís. Curadoria do Meio Ambiente. CADERNOS INFORMATIVOS. Associação Paulista do Ministério Público, São Paulo, 1.988, p.20.

2. AS VARIÁVEIS FORMADORAS DO PATRIMÔNIO CULTURAL BRASILEIRO

2.1 A NOÇÃO ESTREITA DE MEIO AMBIENTE

Segundo a ótica estreita, por si só conservadora e integralmente ultrapassada, por meio ambiente devia-se entender a mera representação jurídica dos recursos naturais e de suas relações com o ser vivo.⁸

Obviamente que tal noção, pela sua singeleza e imprecisão técnica, não satisfaz, nem atende a grandeza do tema, porquanto arreda o fator preponderante, representado pela atuação humana.

Tal concepção, empoeirada e desconforme com as necessidades da atualidade, prestou-se, não obstante, para evidenciar a necessidade prática de aprimoramento doutrinário, resultado obtido quando da formulação de uma concepção moderna, agora atendida a boa técnica, especialmente por identificar no conceito de meio ambiente algo que vai além da Ecologia,⁹ eis que abrangido não apenas o “natural”, mas, igualmente, e com grande ênfase, o “artificial”, de-

8 GRAU, Eros Roberto. Proteção do meio ambiente (caso do parque do povo). **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v.702, p.247-260, abr. 1994. p. 249 .

9 “Como toda a ciência humana, a ciência da ecologia teve um desenvolvimento gradativo e até espasmódico durante a história registrada. As obras de Hipócrates, Aristóteles e outros filósofos da Grécia antiga contêm referências evidentes a temas ecológicos. Contudo, os gregos não tinham uma palavra para a ecologia, O vocábulo “ecologia “ é de origem recente, tendo sido proposto primeiro pelo biólogo alemão Ernest Haeckel, em 1869. Antes disso, muitos dos grandes personagens do renascimento biológico dos sécs. XVIII e XIX haviam contribuído para essa área do conhecimento, muito embora não se tenha utilizado a palavra “ecologia”.[...] Como um campo reconhecidamente distinto da ciência, a ecologia data de cerca de 1900, mas foi apenas na última década que a palavra entrou para o vocabulário comum.” ODUM, Eugene P. **Ecologia**. op.cit. p. 2-3.

corrente do atuar humano.¹⁰

2.2 A NOÇÃO ATUAL DE MEIO AMBIENTE

É possível agora cogitar, sob a ótica moderna, de meio ambiente natural, integrado pelo solo, pela água, pelo ar, pela fauna e pela flora e meio ambiente artificial (ou humano), constituído pelas sítios, edificações e equipamentos produzidos pelo homem, derivados em assentamentos urbanísticos, assim como pelos valores históricos e culturais.¹¹

Então, diante de tal concepção abrangente, é possível afirmar que nem todos os ecossistemas são naturais .^{12 13}

Os organismos vivos e seu ambiente não-vivo (abiótico) estão inseparavelmente inter-relacionados e interagem entre si. Chamamos de sistema ecológico ou ecossistema qualquer unidade (biosistema) que abranja todos os organismos que funcionam em conjunto (a comunidade abiótica), numa dada área, interagindo com o ambiente físico de tal forma que o fluxo de energia produza estruturas bióticas claramente definidas e uma ciclagem de materiais entre as partes vivas e não-vivas. O ecossistema é a unidade funcional básica na ecologia, pois inclui tanto os organismos quanto o ambiente abiótico; cada um destes fatores influencia as propriedades do outro e cada um é necessário para a manutenção da vida, como a conhecemos na Terra. Este nível de organização deve ser nossa primeira preocupação se quisermos que a nossa sociedade inicie a implementação de soluções holísticas para os pro-

10 MILARÉ, Édís. O Ministério público e a responsabilidade civil do profissional nas atividades modificadoras do meio ambiente. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 623, set. 1987. p.32.

11 cf. CUSTÓDIO, Helita Barreira. **Responsabilidade Civil por Danos ao Meio Ambiente**. São Paulo, 1983. Tese de livre docência junto ao Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. p.119.

12 “Ecossistemas há, em nosso país, que estão à beira do completo desaparecimento: o exemplo mais dramático é a Mata Atlântica, que, dos 350.000 km², que ocupava na época do descobrimento do Brasil , ficou restrita a 10.000 km² , ou seja , a 5% da área primitiva.” NEIMAN, Zysman. Era verde... op. cit. p. 35 e 40.

13 v. art. 225, § 4º, da Constituição Federal de 1988, que elevou a Mata Atlântica à condição de patrimônio nacional.

blemas que estão aparecendo agora ao nível do bioma e da biosfera.¹⁴

Vislumbra-se, pois, uma perspectiva ampla e real de meio ambiente, concebido agora como “a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida humana.”¹⁵

Já sob o aspecto jurídico, segundo Giannini, (“Ambiente: saggio sui diversi suoi aspetti giuridici”, in Riv. Trim. Dir. Pubbl., 1973, ps. 15 e segs. e 23 e segs.), é possível individualizar três sentidos para a expressão “ambiente”:

a) o ambiente como modo de ser global da realidade natural, baseada num dado equilíbrio dos seus elementos — equilíbrio ecológico, que se retém necessário e indispensável em relação à fruição da parte do homem, em particular à saúde e ao bem-estar físico; o ambiente enquanto ponto de referência objetivo dos interesses e do direito respeitante à repressão e prevenção de atividades humanas dirigidas a perturbar o equilíbrio ecológico, convertendo-se o dano ao ambiente em dano do próprio homem;

b) o ambiente como uma ou mais zonas circunscritas do território, consideradas pelo seu peculiar modo de ser e beleza, dignas de conservação em função do seu gozo estético, da sua importância para a investigação científica, ou ainda pela sua relevância histórica: isto é, o ambiente enquanto soma de bens culturais, enquanto ponto de referência dos interesses e do direito à cultura:

c) o ambiente como objeto de um dado território em relação aos empreendimentos industriais, agrícolas e dos serviços: isto é, o ambiente enquanto ponto de referência objeto dos interesses e do direito urbanístico respeitantes ao território como espaço, no qual se desenvolvem a existência e a atividade do homem na sua dimensão social.¹⁶

Por outro lado, a complexidade do tema foi a contento encarada pelo legislador brasileiro, ao afirmar uma definição jurídica de meio ambiente.

Preconiza o art. 3º, I, da Lei 6.931/81, que dispõe sobre a Política Nacional de Meio Ambiente, que entende-se por meio ambiente “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida *em todas as suas formas*”. (original sem gri-

14 ODUM. Eugne P. Ecologia...op.cit.p. 9.

15 SILVA, José Afonso da. **Direito Urbanístico Brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981, p. 435.

16 Apud. MUKAI, Toshio. **Direito ambiental sistematizado**. São Paulo: Forense Universitária, 1 ed., 1992, p. 4-5.

fos).¹⁷

De pronto resplandece que o legislador brasileiro, com acerto, adotou o conceito amplo de meio ambiente, o qual, nos termos e para os efeitos da lei, “não se resume apenas aos recursos naturais, mas, ademais, está relacionado também com tudo quanto “permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”.¹⁸

Note-se que a partir do conceito amplo antes mencionado, acolhido e consagrado no direito brasileiro e considerando as disposições da Lei 6.938/81, tornou-se possível a classificação do meio ambiente, conforme leciona o Professor José Afonso da Silva, desdobrado em:

- a) meio ambiente natural, que inclui os chamados recursos naturais, integrantes da biota, constituído pelo solo, a água, o ar atmosférico, a flora e fauna;
- b) meio ambiente artificial, formado pelas edificações, equipamentos urbanos públicos (ruas praças, áreas verdes, espaços livres em geral), comunitários, enfim, todos os assentamentos de reflexos urbanísticos;
- c) meio ambiente cultural, integrado pelo patrimônio arqueológico, artístico, histórico, paisagístico e turístico.¹⁹ 20

Fixada assim a noção de meio ambiente, cumpre ressaltar que se a idéia de preservação é fruto de uma conscientização internacional, à qual aderiram a coletividade e os poderes nacionais; também é oportuno e importante sublinhar que ela não trata só dos aspectos relativos ao meio ambiente natural, porque abriga também o artificial, e, sobretudo, o meio ambiente cultural, enten-

17 A lei de bases do ambiente de Portugal, Lei nº 11, de 7 de abril de 1987, no art. 5º, nº 2, a, estabelece a seguinte definição: “ambiente é o conjunto dos sistemas físicos, químicos, biológicos e suas relações e dos fatores econômicos, sociais e culturais com efeito direto ou indireto, mediato ou imediato, sobre os seres vivos e a qualidade de vida dos homens”.

18 cf. GRAU, Eros Roberto. Proteção do meio ambiente ...op.cit. p.250.

19 cf. SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 2ªed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 3.

20 “Defendendo a individualização unitária da noção de meio ambiente, Antunes assevera: “a necessidade de uma noção unitária de ambiente resulta não só da multiplicidade de aspectos que caracterizam as atividades danosas para o equilíbrio ambiental, por conseguinte de planificação global, mas também da necessidade de relacionar o problema da tutela do ambiente com os direitos fundamentais da pessoa, nomeadamente o da saúde”. ANTUNES, Luiz Felipe Colaço. **A Tutela dos interesses difusos em direito administrativo — para uma legitimação procedimental**. Coimbra: Almeidina, 1989. p. 47.

dendo-se este como as diversas formas de expressão de um povo, elo formador e determinante dos sentimentos de nação e cidadania.

2.3 O MEIO AMBIENTE CULTURAL

E esse mesmo meio ambiente cultural ²¹ mereceu expressa referência na Constituição de 1988, que lhe definiu os elementos integrantes e estipulou mecanismos de sua proteção, valendo destacar:

Art. 216 — Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores da referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem :

- I — as formas de expressão;
- II — os modos de criar, fazer e viver;
- III — as criações científicas, artísticas e tecnológicas;
- IV — as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais;
- V — os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.²²

Ocorre que o conceito de patrimônio cultural no Brasil, aos olhos dos menos avisados, continua restrito aos bens móveis e imóveis, de valor criativo próprio ou sem ele, voltados para o passado, eis que impregnados de valor histórico ou então bens representativos da criação individual espontânea, correspondente ao nosso acervo artístico (música, literatura, cinema, artes plásticas, ar-

²¹ Cf. Darci Ribeiro, cultura é “a herança de uma comunidade humana, representada pelo acervo cooparticipado de modos padronizados de adaptação à natureza, para o provimento da subsistência; de normas e instituições reguladoras das relações sociais e de corpos de saber, de valores e de crenças com que explicam sua experiência, exprimem sua atividade artística e se motivam para a ação.” RIBEIRO, Darci. **Teoria do Brasil**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1972. p.93.

²² Corresponde ao art. 180, parágrafo único, da Constituição Federal de 1967, alterada pela Emenda Constitucional nº 1, de 1969.

quitetura, teatro), sobretudo e quase sempre de apreciação das elites.

Sucedem-se, permeando estes bens, situam-se outros tantos, inseridos na dinâmica do cotidiano, porém estranhamente não incluídos, não considerados e não admitidos como bens culturais, especialmente na formulação das políticas públicas, econômicas e tecnológicas.

No entanto, é justamente a partir deles que se afere potencial, se reconhece a vocação e se desdobram os mais autênticos valores de uma localidade.

2.4 ANTECEDENTES HISTÓRICO-LEGISLATIVOS DA PROTEÇÃO CULTURAL NO BRASIL

Não obstante, e em que pese o descaso de tais valores na formulação das políticas públicas, através do exame cronológico da legislação brasileira, colhe-se que na história recente, tratou o legislador pátrio de referir com insistência que patrimônio cultural brasileiro é mais do que valor histórico e artístico, embora a evidência de que o início das preocupações governamentais com a preservação dos bens culturais, foi caracterizado por iniciativas de resguardo tão-só desses dois valores.

Com efeito, a primeira manifestação governamental que retrata iniciativa oficial visando à proteção de monumentos históricos no Brasil, data de meados do século XVIII, quando D. André de Melo e Castro, Conde de Galveias, Vice-Rei do Estado do Brasil de 1735 a 1749, inconformado com a destinação das edificações deixadas pelos holandeses, escreveu, em 5 de abril de 1742, carta ao Governador de Pernambuco, Luís Pereira Freire de Andrade, na qual expressa notável percepção da complexidade da tarefa pública de proteger a memória histórica, representada por monumentos significativos da cultura nacional.²³

Nova tentativa materializa-se mais de um século depois, quando o Ministro do Império Conselheiro Luiz Pedreira do Couto Ferraz, mais tarde o Visconde do Bom Retiro, expede ordens aos Presidentes das Províncias, determinando-lhes que obtivessem coleções epigráficas para a Biblioteca Nacional e ainda ao Diretor das Obras Públicas da Corte, para que tivesse cuidado na repa-

23 BRASIL. Ministério da Educação e Cultura. SPHAN. Fundação Nacional Pró-Memória. **Proteção e revitalização do patrimônio cultural do Brasil: uma trajetória.** Publicações da Secretaria do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, nº 31, p.13.

ração dos monumentos históricos, objetivando não destruir as inscrições neles gravadas.²⁴

Historicamente e em que pese o interesse demonstrado pelo Imperador D. Pedro II, durante o seu reinado nenhuma providência eficaz foi adotada no sentido de organizar ou mesmo proteger os monumentos nacionais.²⁵

Com advento da República, uma tímida iniciativa materializou-se em 1920, ocasião em que o Professor Bruno Lobo, então presidente da Sociedade de Belas Artes, encarregou o conservador de Antiguidades Clássicas do Museu Nacional, Professor Alberto Childe, de elaborar um anteprojeto de lei que especificamente abrigasse defesa do patrimônio artístico nacional. A iniciativa não mereceu seguimento, mesmo porque a proposta formulada visava mais a proteção de bens arqueológicos do que os históricos, além de propor a desapropriação de todos os bens.²⁶

O primeiro projeto visando efetivamente organizar a defesa dos monumentos históricos e artísticos do país, foi apresentado perante a Câmara dos Deputados, na sessão de 3 de dezembro de 1923, pelo representante pernambucano Luiz Cedro, iniciativa que não prosperou, eis que além de não formalizar quaisquer preocupações com o patrimônio arqueológico, pecava pela timidez de propósitos.²⁷

A partir de 1924, as iniciativas de proteção do patrimônio cultural brasileiro, deslocam-se da órbita federal para a dos Estados.

O primeiro a movimentar-se efetivamente foi o Estado de Minas Gerais, quando o então presidente estadual Mello Vianna, em julho de 1925, organiza uma comissão para estudar o tema e formalizar medidas. A preocupação central e objetivo primordial do esforço era impedir que acervo histórico e artístico das velhas cidades mineiras se esvaísse, ante os efeitos do comércio de antiguidades.

Diante da quase certeza da ineficácia de providências instituídas apenas no âmbito de legislação estadual, a comissão produziu novo esboço de anteprojeto de lei federal.

Em que pese não ter merecido aproveitamento pelo parlamento nacional, o anteprojeto produzido pela comissão mineira adquiriu relevante valor histórico, porquanto muitos dos princípios ali alinhados originaram as disposi-

24 op. cit. p. 13.

25 ibidem.

26 op. cit. p.14.

27 ibidem.

ções atualmente vigentes sobre o tema.²⁸

Duas outras iniciativas estaduais se seguiram.

A primeira, quando o presidente estadual da Bahia, Francisco M. Góis Calmon, tomou a iniciativa de organizar a defesa do acervo histórico e artístico daquele Estado, mediante a edição das leis estaduais nº 2.031 e 2.032, de 8 de agosto de 1927, regulamentadas pelo Decreto nº 5.339, de 6 de dezembro de 1927, instituindo a Inspetoria Estadual de Monumentos Nacionais, anexa à Diretoria do Arquivo Público e Museu Nacional.

O exemplo foi seguido pelo Estado de Pernambuco, cuja lei estadual nº 1.918, de 24 de agosto de 1928, também credenciava o governo a criar a Inspetoria Estadual de Monumentos Nacionais e um museu.

Sucedeu, que as medidas adotadas pelos Estados não se mostraram eficientes, na prática, para assegurar proteção aos monumentos históricos e artísticos, nem sequer no âmbitos dos respectivos territórios.

Isso porque, a extensão e o exercício do direito de propriedade se achavam definidos na Constituição Federal e no Código Civil, sem qualquer possibilidade, obviamente, de alteração ou inovação por iniciativa estadual, consoante era a dicção da Carta de 1891, primeira Constituição de República:

Art. 34. Compete privativamente ao Congresso Nacional:

[...]

§ 23. Legislar sobre o direito civil, comercial e criminal da República e o processual da Justiça Federal;

Art. 72. A Constituição assegura a brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 17. O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salvo a desapropriação por necessidade, ou utilidade pública, mediante indenização prévia.

Inspirado por tal quadro, aos 29 de agosto de 1930, José Wanderley de Araújo Pinho, deputado pela Bahia, apresentou no Congresso Nacional novo projeto-de-lei federal sobre o assunto, obliterado sem apreciação, ante o advento da revolução de outubro de 1930, que dissolveu o parlamento, porém de grande significado, posto que uma das principais fontes da legislação atual.²⁹

²⁸ id.p.15.

²⁹ id.p.16.

O marco histórico mais importante dessa fase, materializou-se três anos depois da revolução de 30, com a edição da primeira lei federal sobre a matéria, mais precisamente o Decreto nº 22.928, promulgado a 12 de julho de 1933, que, embora restrito no alcance, assinalou definitivamente a decisão governamental de dar início a uma política nova, eis que pelo seu teor a cidade mineira de Ouro Preto foi erigida à categoria de monumento nacional.

Em sede constitucional, de início, verifica-se que o tema mereceu tímida referência na Carta Constitucional de 34, que no capítulo II, relativo à educação e à cultura, art. 148, preconizou o seguinte:

Art.- 148 — Cabe à União, aos Estados e aos Municípios favorecer e animar o desenvolvimento das ciências, das artes, das letras e da cultura em geral, proteger os objetos de interesse histórico e o patrimônio artístico do país, bem como prestar assistência ao trabalhador intelectual.

A proteção ao patrimônio histórico e artístico estava, assim consagrada no Brasil como princípio constitucional. Importante notar, porém, apesar do inegável avanço, que a visão do constituinte de 34 foi restrita, eis que reconheceu como variáveis do patrimônio cultural brasileiro tão-só os monumentos e objetos de valor histórico e o acervo artístico do país.

O impulso mais vigoroso, não obstante, curiosamente emergiu do texto da Constituição outorgada de 1937:

Art. 134 — Os monumentos históricos, artísticos e naturais, assim como as paisagens ou locais particularmente dotados pela natureza, gozam de proteção e dos cuidados especiais da Nação, dos Estados e dos Municípios. Os atentados contra eles cometidos serão equiparados aos cometidos contra o patrimônio nacional.

Nota-se, agora, a presença de novas e importantíssimas categorias, (monumentos naturais, assim como as paisagens ou locais particularmente dotados pela natureza) na formulação do mandamento constitucional pertinente ao então embrionário conceito de patrimônio cultural brasileiro. Merece igual destaque a expressa referência de que tais bens passavam a integrar o patrimônio nacional.

Impressiona, que já aos 30 de novembro de 1937 foi promulgado o Decreto-Lei n. 25, que organizou a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, diploma legal que incorporou o avanço constitucional da matéria, com tal acerto e alcance que ainda nos dias atuais, porquanto vigente, mostra-se válido e avançado, mesmo porque agregou ao conceito também elementos da na-

tureza, de feição notável, tanto originais, quanto derivados ou agenciados pela indústria humana.

Eis a dicção do Decreto 25/37:

Art. 1. — Constitui o patrimônio histórico e artístico nacional o conjunto dos bens móveis e imóveis, existentes no país e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico.

[...]

§ 2 — Equiparam-se aos bens a que se refere o presente artigo e são também sujeitos a tombamento os monumentos naturais, bem como os sítios e paisagens que importe conservar e proteger pela feição notável com que tenham sido dotados pela natureza ou agenciados pela indústria humana.

Já a Constituição Federal de 46 marcou certo retrocesso, embora democrática, porquanto não referiu o tema com a mesma ênfase da Carta outorgada de 37:

Art. 175- As obras, monumentos e documentos de valor histórico e artístico, bem como os monumentos naturais, as paisagens e os locais dotados de particular beleza ficam sob a proteção do poder público.³⁰

Por fim, a Constituição de 24 de janeiro de 1967 e respectiva Emenda n. 1, de 17 de outubro de 1969, deu ao tema o seguinte tratamento:

Art. 180- O amparo à cultura é dever do Estado.

Parágrafo Único- Ficam sob a proteção especial do Poder Público os documentos, as obras e os locais de valor histórico ou artístico, os monumentos e as paisagens naturais notáveis, bem como as jazidas arqueológicas.

A Carta Política de 88, então, ao definir, no art. 216, que “constituem o patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores da referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, o fez

30 Sampaio Dória, ao comentar o art. 175 da Constituição Federal de 1946 asseverou curiosa opinião: “Poesia com ares de direito. Declamar esta opiniões numa Constituição, para reger os destinos de um povo, não terá sido pilhéria?” DÓRIA, Sampaio. **Direito constitucional**, São Paulo: Limonad, 1960, p. 224.

incorporando as sucessivas contribuições anteriores, porém abandonando a referência tradicional à monumentalidade e à grandiosidade aparente, para centrar a vontade constitucional na proteção da essência da identidade nacional.

Daí o dizer doutrinário de que a inclusão de tais conceitos na Constituição de 1988 não é apenas avanço jurídico, no sentido de inovar na matéria constitucional, mas traz efetivas alterações nos conceitos jurídicos de proteção:

1) consolida o termo “patrimônio cultural, que já era usado internacionalmente e estava consagrado na literatura brasileira, mas não em lei: 2) cria formas novas de proteção, como o inventário, registro e vigilância e 3) possibilita a inovação, pelo Poder Público, de outras formas, além do tradicional tombamento e desapropriação.³¹

2.5 O SIGNIFICADO DAS PALAVRAS PATRIMÔNIO E NACIONAL EM SEDE TURÍSTICA E CULTURAL

O conjunto de bens culturais recebe da lei (Decreto nº 25/37) o chamado de patrimônio histórico e artístico nacional, bem como da Constituição a designação de patrimônio cultural brasileiro (art. 216, CF/88).

De pronto, emerge a necessidade de esclarecimento doutrinário acerca do real significado jurídico das duas expressões — patrimônio e nacional- no sentido cultural, mormente porque o primeiro vocábulo (patrimônio), na doutrina civilista pátria, sempre esteve atrelado à noção da valoração econômica.³²

Assim, no dizer de Souza Filho,³³ o termo patrimônio, utilizado na forma do transcrito art. 216 da Constituição Federal, é juridicamente atécnico e quer significar o acervo dos bens culturais relevantes para a Nação, significando

31 cf. SOUZA FILHO, Carlos Frederico Mares. **A Proteção jurídica dos bens culturais**. In Revista da Procuradoria Geral do Estado do Paraná, V. 3, ano 5, Curitiba, jul. 1991. p. 3-20, p. 8.

32 No sentido do texto: BEVILÁQUA, Clóvis. **Teoria geral do direito civil**. 2 ed. Rio de Janeiro: Rio, 1980, p.167. PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 17 ed., rev. e atual., v. I Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 245. RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil. Parte geral**. 25 ed., atual., v. 1, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 111. DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva 1982, v. I, p. 142.

33 SOUZA FILHO, Carlos Frederico Mares. *A proteção jurídica...* op. cit. p. 06.

ainda bens de diferentes proprietários, tanto públicos quanto privados.

Embora atécnico, o termo é reconhecido pelo Direito, inclusive nos textos internacionais, constando especialmente da Convenção Sobre a Salvaguarda do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural da UNESCO, de 16 de novembro de 1972, que define o que deve compor o “patrimônio cultural nacional” de cada Estado.³⁴

Então, haja vista esta aceitação internacional, o Direito brasileiro, acolheu e consagrou, incluindo no texto de Carta Política de 1988, a palavra patrimônio, não só para designar o acervo cultural, mas também para nominar outros acervos de interesse da Nação, como aqueles alinhados no art. 225, § 4º, da mesma Constituição Federal, marcados e revestidos de especial interesse público.

Já o adjetivo nacional, não se refere à nacionalidade do bem, no caso do patrimônio artístico, nem do seu autor ou titular do domínio privado nas demais hipóteses. Refere-se exclusivamente à territorialidade, à localização.

Em relação ao patrimônio cultural móvel, artístico ou histórico, o teor da Convenção da Unesco sobre exportação e importação de bens culturais, ao definir o que se deve entender por nacionais, em relação a tais bens, igualmente, indica hipóteses diversas da pura nacionalidade.³⁵

Segundo a aludida Convenção, são considerados nacionais aqueles bens culturais :

- a) criados pelo gênio individual ou coletivo de nacionais do Estado em questão;
- b) achados em território nacional;
- c) adquiridos por missão arqueológica, com consentimento das autoridades do país de origem;
- d) que hajam sido objeto de intercâmbio;
- e) recebidos gratuitamente ou comprados legalmente, com o devido consentimento das autoridades locais.

Portanto, a nacionalidade de obra ou bem cultural depende de ter si-

34 v. Convenção Sobre a Salvaguarda do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, Paris, 16 de novembro de 1972, aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 74, de 30 de junho de 1977, e ratificada pelo Decreto nº 80.978, de 12 de dezembro de 1977.

35 v. Convenção de Paris de 14 de novembro de 1970, da Unesco, aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 71, de 28 de novembro de 1972 e ratificado pelo Decreto nº 72.312, de 31 de maio de 1973.

do produzido em território nacional, ou legitimamente adquirido, na hipótese dos móveis, ou localizados no mesmo território nos demais casos.

2.6 O TURISMO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Então, a despeito das apontadas referências constitucionais, bens de tamanha envergadura permanecem anônimos aos olhos do legislador ordinário, assim quando da formulação das políticas públicas, além de despertarem pouca curiosidade no seio da comunidade jurídica nacional.

Dentre os esquecidos situa-se, principalmente, o Patrimônio Turístico, justamente aquele que congrega todos os demais bens insertos na noção de patrimônio cultural, assim como aqueles que integram o meio ambiente natural e artificial.

É da experiência diária que as cidades históricas, os monumentos artísticos, arqueológicos e pré-históricos, as paisagens notáveis, os lugares de particular beleza, as reservas, os parques e as estações ecológicas, as localidades e os acidentes naturais grandiosos, exercem particular atração, tanto sobre nativos, quanto para visitantes.

Mesmo assim, parece passar “in albis” que o conjunto de bens culturais e ambientais, que não de hoje integra o conceito de patrimônio cultural brasileiro, presta-se acima de tudo para alicerçar a noção de patrimônio turístico nacional.³⁶

A questão que se apresenta então é a evidência de que, se por um

36 “Exemplificando-se a realidade italiana, explica-se por que a administração pública daquele país, por razões objetivas, incentivou e promoveu o ensino, nas escolas de todos os graus, ainda no século passado, dos valores e das belezas artísticas, culturais, naturais e paisagísticas, dos quais a Itália é ricamente dotada, visando não somente à preservação de tais valores e belezas, mas também à sua valorização como forma de estímulo reflexivo ao turismo.[...] Ressalte-se que os vestígios da tradição histórica das diversas realidades do fenômeno turístico italiano ainda hoje constituem base para as administrações fundamentais do Estado, evidenciando-se as normas inerentes à disciplina do turismo: a) para as infra-estruturas; b) para a proteção dos locais de interesse turístico; c) para a saúde; d) para os transportes; e) para a proteção da fé, ordem e segurança pública; f) para as relações internacionais, além das atividades relacionadas com a coordenação, a promoção e controle operativo de interesses turísticos”. CUSTÓDIO, Helita Barreira. Turismo. In **Enciclopédia Saraiva de Direito**. Coord. Prof. R. Limongi França, v. 75, p. 319-339 — São Paulo: Saraiva, 1977, p. 323.

lado o turismo pode representar fator positivo de enriquecimento, por outro também pode representar graves riscos para o patrimônio que lhe dá alicerce, se não for devidamente dirigido e adequado.

O Constituinte de 88, curiosamente, não inseriu qualquer referência ao patrimônio ou mesmo a bens e direitos de valor turístico na Seção relativa à Cultura, em especial no art. 216, sede da definição constitucional de patrimônio cultural brasileiro; preferiu fazê-lo noutro título, referindo a palavra turismo isoladamente.

Com efeito, ao abordar, no título VII, a Ordem Econômica e Financeira, a Constituição Federal de 88 estabelece, no capítulo I desse título, os Princípios Gerais da Atividade Econômica.

E é nesse capítulo, mais precisamente no art. 180, que o turismo, pela primeira vez na história constitucional do país, aparece expressamente contemplado:

Art. 180 — A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios promovem e incentivarão o turismo como fator de desenvolvimento social e econômico.

Verifica-se desta dicção constitucional que o turismo está enquadrado como um setor relevante da atividade econômica.

Assim, a ele se aplicam os demais princípios que informam a atividade econômica, enumerados no art. 170, da CF de 88. Dentre esses princípios, estão o da função social da propriedade e o da defesa do meio ambiente, a serem abordados, em relação ao tema do presente trabalho, oportunamente. Aqui vale sublinhar que o Estado, ao promover e incentivar o turismo, deve também estrita obediência a esses princípios, como objetivos de um processo de planejamento setorial.

Prosseguindo, o art. 23, inc. III e VI, confere competência comum para a União, Estados e Municípios protegerem bens de valor histórico e cultural, monumentos e paisagens naturais notáveis, importantes componentes do patrimônio turístico nacional, e ainda para protegerem o meio ambiente.

O art. 24, inciso VII e VIII aborda a competência legiferante concorrente da União, Estados e Distrito Federal sobre proteção do patrimônio turístico e responsabilidade por dano a bens e direitos de valor turístico.

Aqui, é de suma relevância sublinhar que a Constituição anterior atribuía as referidas competências legislativas, à exceção da proteção do meio ambiente, referência então inexistente, à União com exclusividade. Assim, inexistindo lei federal sobre, por exemplo, tópico específico de ordenação de uso de solo de interesse turístico, os Estados poderão fazê-lo, assim como também po-

derão, no uso de competência suplementar, legislar sobre matéria já disciplinada em lei federal, em ambos os casos, observadas as disposições e limitações constitucionais.

Da ordem constitucional assim relatada, emergem dois desdobramento igualmente relevantes, em relação ao objeto do presente estudo.

O primeiro, diz respeito à intervenção estatal sobre o domínio econômico setorial, extraída da combinação dos artigos 170 e respectivos incisos com o artigo 180 da Constituição Federal.

A estatização refere-se a qualquer tipo de acréscimo de poder do Estado, em detrimento dos poderes que remanescem aos indivíduos e aos grupos secundários da sociedade, na partilha política. Em particular, a estatização direciona-se ao econômico e ao social, apresentando-se sob diversas formas e graus de intervenção. Diz-se estatizante, assim, o regime, a solução ou a norma que, por qualquer consideração, se proponha a intervir na órbita privada, das relações econômicas e sociais, para atribuir ao Estado poderes que as regulem, as limitem ou as substituam.³⁷

O outro desdobramento, também representativo de intervenção, porém direcionado a um momento específico do ciclo econômico-turístico é o pertinente à disciplina de uso do patrimônio turístico, com relevantes implicações no pleno exercício de determinados direitos individuais.

Colhe-se, por outro lado, que a doutrina distingue dois tipos de intervenção: a direta e a indireta. A direta se dá pelo poder impositivo e pelo fomento público; a indireta, ocorre quando o Estado atua como Poder de Polícia ou pelo Ordenamento Econômico ou Social. É pelo ordenamento econômico e social, notadamente, que o Estado pode tornar-se o protagonista principal dessas relações. E, numa fase extrema, praticamente o único, com ablação das correlativas liberdades individuais; e, pois a qualquer estatização corresponde, necessariamente, uma redução da liberdade individual e dos grupos. Por isso, ela deve ser exceção e ditada por motivos também excepcionais, e não a regra.³⁸

2.7 O FENÔMENO E A VOCAÇÃO TURÍSTICA

Por tudo isso, é fundamental o estabelecimento de um conceito teórico para a categoria patrimônio turístico.

³⁷ PRADO, Ney. **Os Notáveis Erros dos Notáveis**. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 122.

³⁸ id. p. 122-123.

Não obstante, a preceder tal conceituação, necessária se mostra a análise do fenômeno turístico e da chamada vocação turística.³⁹

Diz a doutrina que “*o fenômeno turístico se manifesta pelo deslocamento de pessoas para lugares que lhe proporcionem especial atração de beleza, lazer divertimento, comodidades e repouso*”.⁴⁰

Verifica-se, pois, que se instala o fenômeno se presente a chamada vocação turística, qual seja, atratividade especial ante a incidência em determinadas localidades de conjunto de bens, tanto culturais quanto naturais e artificiais, porém bem arrançados, eis que condicionados os usos desses bens, áreas e locais.

Vale dizer, instala-se a vocação turística se preexistentes os atrativos culturais e naturais antes mencionados. Mas não só eles. Instala-se a vocação se tais atrativos merecerem destaque através de prévia preparação e ordenamento, tanto pública quanto privada, capaz de despertar a curiosidade da visitação.

É claro que vocação turística não se instala isoladamente, diante tão-só da presença de bens de expressivo valor cultural e natural, porquanto o aproveitamento desse potencial depende de estrutura de serviços básicos, tais como, acesso, energia, água e esgoto, telefonia, agregados a serviços específicos, como transporte, hospedagem, alimentação e entretenimento.

Nota-se assim que aqueles serviços catalogados como básicos são essencialmente públicos; já os serviços específicos são eminentemente privados.

39 Considerando a relevância do fenômeno turístico no Estado contemporâneo, salienta a doutrina que o turismo se apresenta, em suma, como fenômeno caracterizado pelo fato da transferência, em caráter provisório, de uma pessoa de sua própria residência, tratando-se de atividade de caráter unitário relativa: a) à propaganda, à valorização e ao acolhimento; b) às providências receptivas em sentido lato; c) à simplificação e à integração da atividade econômica turística por parte das entidades privadas; d) à direção, coordenação e controle sobre todos os órgãos turísticos. Particularmente, o turismo se caracteriza, de um lado, como fator de incrementação da procura efetiva de determinada zona e, por isso, da renda nacional; de outro lado, como fator de potenciamento produtivo em processo de aceleração, reconhecendo-se a notável importância do turismo sob o aspecto cultural (o deslocamento fora da residência habitual produz conhecimento em consequência da visão direta de ambientes naturais, históricos, artísticos e de novas obras do engenho humano), sob o aspecto político-social (contato pessoal com novas sociedade e organizações estatais pode representar ocasião de desenvolvimento ideológico e de melhor conhecimento das mais diferentes civilizações), além do ponto de vista econômico”. CUSTÓDIO, Helenita Barreira. Turismo... op. cit. p. 320.

40 SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**. 2º ed. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 353.

3. PATRIMÔNIO TURÍSTICO

3.1 O CONCEITO E SEUS ANTECEDENTES

Esse elenco de circunstâncias culmina, então, por integrar as variáveis formadoras do conceito de patrimônio turístico: *“Entende-se por patrimônio turístico o conjunto de bens naturais e culturais que, por suas características intrínsecas, possuem atratividade para a visitação”*.⁴¹

Assim configurado o conceito de patrimônio turístico,⁴² passemos

⁴¹ FERRAZ, Joandre Antonio. **O regime jurídico do turismo**. Campinas: Papirus, 1992. p. 49.

⁴² Para o professor Angelo Mariotti, do Real Instituto de Ciências Econômicas de Roma, turismo é viagem que não tem objetivo de lucro. Mais recentemente, os professores W. Humziker e K. Krrapf o definiram como “conjunto de relações e de fenômenos resultantes das viagens e estadas de não-residentes, desde que tais estadas não se estabilizem e também não decorram de uma atividade lucrativa”. Embora aceita em congressos, essa definição ainda não é considerada definitiva, dada a contínua evolução e expansão registradas nos meios turísticos. In: **Encyclopédia Britannica do Brasil**. vol. 15, p. 249-250. Rio de Janeiro-São Paulo: Publicações Ltda, 1992.

análise da legislação ordinária pertinente a sua proteção.⁴³

Preliminarmente, é evidente que qualquer mecanismo legal de proteção desse patrimônio deve levar em consideração a regulamentação de usos, tendente a eliminar riscos de degradação. Por isso, a presença intervencionista do Estado, especialmente na edição de normas eficientes, capazes de manter as características de atratividade.

Curiosamente, colhe-se que a expressão “patrimônio turístico” surgiu no Brasil não por força de texto de lei, mas citada, como integrante do processo de planejamento turístico no Informativo Embratur nº 01, Rio de Janeiro, de 29 de abril de 1976: *“A Embratur vem dedicando especial atenção às áreas que, pela beleza paisagística, importância histórica, ou condições notáveis para a prática do turismo, constituem o patrimônio turístico nacional”*.

Segundo Ferraz, em agosto de 1977, documento preliminar divulgado pela Embratur sobre política nacional de turismo, dentre os seus objetivos, assim tratava de preservar o patrimônio cultural e natural do país: *“Em íntima associação com os demais órgãos e entidades, privados ou da administração pública, será organizado e mantido o inventário dos bens de valor natural ou cultural, sujeitos a regime especial de proteção, e que tenham interesse turístico”*.⁴⁴

Esse regime de proteção, por sua vez e segundo o mesmo documento, deveria observar que: *“A identificação e a declaração das áreas especiais terão como finalidade a promoção do desenvolvimento turístico, a preservação e a valorização do patrimônio natural e cultural, e o estabelecimento de*

43 “Considera-se *turismo*, em seu sentido amplo, o processo por meio do qual se desempenham as mais variadas e harmônicas atividades, pelas iniciativas de órgãos públicos e privados, no sentido de incentivar e promover o deslocamento da pessoa física, individualmente ou em grupo, de sua residência habitual para outros locais do próprio país ou do exterior, em caráter transitório, objetivando não só a sua recreação, o seu desenvolvimento social, político, cultural ou religioso, mas também o desenvolvimento industrial, comercial ou econômico do país. Adaptado do inglês *tourism*, que, por sua vez, se baseia no francês, *tour*, o vocábulo turismo significa, dentre outras acepções, giro, volta, passeio (faire un tour = dar um giro ou um passeio, dar uma volta). Do francês *tourisme* propriamente dito, o termo turismo se define como o gosto pelas viagens, tudo o que se relaciona com viagens para instrução ou recreio. Com o sentido vago de viagens para simples recreio, o conceito de turismo prevaleceu durante muito tempo. Todavia, diante dos novos inventos, das novas circunstâncias sociais, políticas, culturais e econômicas, este conceito evoluiu de uma fase empírica para o estágio atual das pesquisas científicas, merecendo a atenção especialmente de sociólogos, políticos, urbanistas, juristas, economistas e industriais”. CUSTÓDIO, Helita Barreira. Turismo... op. cit. p. 318-319.

44 apud FERRAZ, J. op. cit. p 50.

normas de uso racional do solo".⁴⁵

E já mencionava, além de áreas especiais, as que denominava locais de interesse turístico prevendo que: *"Serão assim declarados para o fim de permitir a disciplina de seu uso e ocupação, bem como a preservação, proteção e ambientação de bens incluídos"*.⁴⁶

Verifica-se, por outro lado, que a finalidade centrava-se em instituir proteção jurídica do patrimônio turístico, como variável decorrente de um processo de planejamento, objetivando ordenar a sua adequada utilização, eis que uso desordenado, significa inevitável degradação.

Sucedecia que o processo de planejamento de usos dessas áreas especiais esbarrou na ausência de normas legais, positivadoras de sua real concretização.

Se é o Brasil o detentor de um extraordinário patrimônio turístico, lamentavelmente também tem se mostrado pródigo no descuido da sua vigilância, permitindo em muitas ocasiões uso desordenado, de tal monta a ponto de determinar deterioração, às vezes irreversível, de locais de grande valor paisagístico, natural e cultural.

Vale aqui ilustrar com o nefasto exemplo da faixa litorânea entre Santos - SP e o Rio de Janeiro, relatado por Ferraz.⁴⁷

Justamente diante da excepcional situação de atratividade dessa faixa, providenciou a Embratur em 1973 detalhado projeto de sua ocupação, culminado pela produção de dois documentos básicos: o Projeto Turis, que buscava especificar as vocações de cada trecho, assim como estabelecer conceitos básicos para a sua racional ocupação; e as Normas de Ocupação do Território, que estabeleciam padrões aplicáveis na faixa litorânea, em especial para a faixa entre Santos e Rio de Janeiro.

Não obstante, a implementação do planejamento assim concebido esbarrou na mais absoluta ausência de regras legais que possibilitassem a sua concretização.

*Isto porque a pretendida implementação gerava restrições ao uso das propriedades existentes ao longo da faixa em questão, para o que seria necessária a existência de lei, que não havia, em nível federal, estadual e municipal estabelecendo tais restrições, que naturalmente, prejudicavam interesses imobiliários.*⁴⁸

⁴⁵ *ibidem*.

⁴⁶ *ibidem*.

⁴⁷ *id.* p. 51.

⁴⁸ *ibidem*.

Segundo o mesmo autor, a alternativa buscada então pela Embratur foi tentar junto aos municípios, a edição de leis locais, observando as normas para uso e ocupação traçadas pelo aludido Projeto Turis.

Obviamente que tal não ocorreu, razão da desordenada ocupação de muitos trechos daquela área, que em decorrência perderam definitivamente sua destinação turística.

Um mecanismo paliativo, apesar de tudo, fora tentado em 1973, mediante a edição do Decreto n. 71.791, de 31 de janeiro de 1973, que previa a delimitação, pelo CNTur, de zonas prioritárias de interesse turístico, objetivando futuro aproveitamento.

Sucedeu que o mesmo decreto estabelecia que esse aproveitamento decorreria de convênio, a ser firmado pela Embratur de um lado e os municípios localizados nas chamadas áreas prioritárias, de outro, porém sempre e em todos os casos se os municípios assim o desejassem. Tal previsão derivou na quase total inocuidade da iniciativa, eis que no caso do pré-falado Projeto Turis, nenhum convênio foi firmado, em que pese aquela faixa do litoral (Santos/Rio de Janeiro) ter sido declarada zona prioritária, nos termos da Resolução CNTur n. 413, de 13 de fevereiro de 1973.

Mas não foi só o particular que exerceu essa ação predatória. Também o Poder Público Federal. Com efeito, ao realizar as obras que resultaram na atual BR-101, entre Rio de Janeiro e Santos, mais precisamente entre São Sebastião e Bertiooga, o Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (DNER) aterrou, de forma definitiva, três praias existentes nesse trecho. E o fez em nome da defesa de outro interesse estatal, da Petrobrás, que possuía — e possui — oleoduto passando por esses locais, daí a conveniência, para ela, de que a rodovia fosse próxima ao mesmo. Assim perpetrou-se, em 1975, um crime ecológico-turístico totalmente impune, dada a inexistência, à época, de instrumentos jurídico-legais que pudessem ser utilizados para impedir comportamento da espécie.⁴⁹

Colhe-se então que a inocuidade desse ato que supostamente protegia o patrimônio turístico, ante a falta de efeitos concretos, emergiu da falta de suporte legal que criasse obrigações.

Esse insucesso, porém, teve um desdobramento altamente útil e positivo, que foi a tomada de consciência de que a proteção especial do patrimônio turístico, entre outras medidas, dependeria de lei federal.

Daí derivou o projeto-de-lei, que resultou na edição da Lei n. 6.513,

⁴⁹ ibidem.

de 13 de dezembro de 1977, que dispõe sobre a criação de Áreas Especiais e de Locais de Interesse Turístico, sobre o Inventário com finalidades turísticas dos bens de valor cultural e natural; acrescenta inciso ao art. 2º da Lei 4.132, de 10 de setembro de 1962; altera a redação e acrescenta dispositivo à Lei nº 4717, de 29 de junho de 1965, valendo destacar o trecho da respectiva Exposição de Motivos, que teceu a seguinte consideração: *“Um dos mais sérios problemas do desenvolvimento do turismo é a compatibilização do uso de locais apropriados à prática das atividades turísticas com a defesa dos bens naturais e culturais, que são a primeira razão da atração dos turistas e visitantes”*.⁵⁰

3.2. DA POLÍTICA NACIONAL DE TURISMO E LEGISLAÇÃO INSTITUCIONAL

A legislação institucional pertinente à Política Nacional de Turismo resume-se ao teor da Lei nº 8.181, de 28 de março de 1991, e do Decreto nº 448, de 14 de fevereiro de 1992, que a regulamenta.

Sobre o tema, José Afonso da Silva, insculpiu a seguinte lição:

A importância econômica do fenômeno turístico gera a necessidade de estabelecer uma política nacional de turismo, entendendo-se como tal o conjunto de diretrizes e normas integradas em um planejamento de todos os aspectos ligados ao desenvolvimento do turismo e seu equacionamento como fonte de renda nacional. Dentro dos aspectos ligados ao desenvolvimento do turismo, destaca-se a preparação urbanística daqueles lugares de vocação turística, porque dotados de atrativos especiais, culturais ou naturais, que despertam interesse dos turistas. É precisamente aí que urbanismo e turismo se entrelaçam, porquanto pela atuação daquele condicionam-se bens, áreas e locais, adequando-os ao desenvolvimento do segundo.⁵¹

O texto de lei sob comento, expressamente revogou o Decreto-Lei nº 55, de 18 de novembro de 1966, que criou a Embratur e o Conselho Nacional de Turismo e que até ali representava a raiz do regime jurídico do turismo no

⁵⁰ BRASIL. Ministérios da Indústria e do Comércio, da Relações Exteriores, da Fazenda, da Agricultura, da Educação e Cultura, do Interior e da Secretaria do Planejamento da Presidência da República. Exposição de Motivos nº11, de 15 de março de 1977.

⁵¹ SILVA, José Afonso da. Direito urbanístico... op. cit. p. 352.

país, porquanto definia a política nacional do setor. Ademais, deu nova denominação à Empresa Brasileira de Turismo (Embratur), que passou a ser Embratur — Instituto Brasileiro de Turismo, alterou a sua personalidade jurídica, de empresa pública para autarquia, atribuindo-lhe ainda a finalidade de formular, coordenar, executar e fazer executar a Política Nacional de Turismo, referindo ainda a extinção do CNTur. Por outro lado, ao longo dos dezesseis incisos do art. 3º, estabeleceu, mediante o emprego de expressão tecnicamente incorreta, as “competências” da Embratur, baralhando formas e instrumentos de atuação com objetivos e atribuições gerais e específicas.

Apresentando-se como texto de lei exclusivamente voltado à disciplina de intervenção do Estado no domínio econômico turístico, e direcionado à instrumentalização de processo de planejamento setorial, não foi bem recebido pela doutrina especializada que aduziu o seguinte comentário: “De fato, sequer cogita de conceituar uma política nacional do turismo, menos ainda sistematizar a intervenção do Estado sobre o domínio econômico do setor”.⁵²

Marcando a característica de instrumento legal de intervenção, colhe-se que tanto a Lei 8.181/91, quando o seu regulamento, menciona o patrimônio turístico tão-só como objeto de da Política Nacional, haja vista o seu aproveitamento econômico.

A dicção da Lei 8.181/91:

Art. 3º. Compete à EMBRATUR:

[...]

VII — inventariar, hierarquizar e ordenar o uso e a ocupação de áreas e locais de interesse turístico e estimular o aproveitamento turístico dos recursos naturais e culturais que integram o patrimônio turístico, com vistas à sua preservação, de acordo com a Lei n. 6.513, de 20 de dezembro de 1977.

IX — estimular as iniciativas destinadas a preservar o ambiente natural e a fisionomia social e cultural dos locais turísticos e das populações afetadas pelo seu desenvolvimento, em articulação com os demais órgãos e entidades competentes.

O Decreto nº 448/92:

Art. 3º — A Política Nacional de Turismo tem por objeto:

[...]

VI — estimular o aproveitamento turístico dos recursos naturais e culturais

⁵² FERRAZ, Joandre Antonio. O regime jurídico... op. cit. p. 46.

que integram o patrimônio turístico, com vistas à sua valorização e conservação.

Em relação ao teor dos dois diplomas em apreço, o comentário da doutrina:

Na esfera institucional, portanto, o regime jurídico brasileiro continua padecendo de males crônicos, não conseguindo ser, ainda nos dias atuais, um conjunto sistemático de normas reguladoras de comportamento econômico-turístico projetado para o futuro. A dificuldade que disso decorre está na ausência de um processo ordenado de planejamento turístico no país, por consequência, na falta de continuidade nas ações setoriais concebidas ou implementadas pelo Estado. Com isso, o mercado permanece desorganizado e seu desenvolvimento, enquanto perdurar essa situação, dependerá de fatores espontâneos e não de uma ação integrada.⁵³

3.3. A LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA VIGENTE. SUA ESCASSA APLICAÇÃO PRÁTICA

Compulsando a Exposição de Motivos que acompanhou o projeto que culminou com a edição da Lei n. 6.513, de 20 de dezembro de 1977, colhe-se que seu propósito é o atingimento do justo equilíbrio entre a necessidade de facilitar e estimular a prática do lazer e do turismo, como instrumento de paz social e de alívio das tensões próprias da vida urbana, e a conveniência de preservar as manifestações culturais, as belezas naturais, a flora, a fauna e os demais recursos naturais renováveis, para uso das futuras gerações. Assim, incluída está na proteção instituída em lei a ocupação solo de interesse turístico.

Trata-se de ordenação legal de utilização adequada do conjunto de bens formadores do patrimônio turístico nacional, haja vista a incidência de duas finalidades; uma predominantemente econômica, e outra inerentemente social.

Assim, verifica-se que promovendo a disciplina de uso do patrimônio turístico, adotou o legislador pátrio instrumentos legais de natureza urbanísti-

⁵³ id.p. 47.

ca⁵⁴ e administrativa, restritivos da plena propriedade, porém direcionados a ordenar o momento inicial do ciclo econômico turístico.

Preconiza o art. 1º. da Lei N. 6.513/77:

Art. 1º — Considera-se de interesse turístico as Áreas Especiais e os Locais instituídos na forma da presente Lei, assim como os bens de valor cultural, protegidos por legislação específica e especialmente :

- I — os bens de valor histórico, artístico, arqueológico ou pré-histórico;
- II — as reservas e estações ecológicas;
- III — as áreas destinadas à proteção dos recursos naturais renováveis;
- IV — as manifestações culturais ou etnológicas e os locais onde ocorram;
- V — as paisagens notáveis;
- VI — as localidades e os acidentes naturais adequados ao repouso e à prática de atividades recreativas, desportivas e ou de lazer;
- VII — as fontes hidrominerais aproveitáveis;
- VIII — as localidades que apresentem condições climáticas especiais;
- IX — outros que venham a ser definidos, na forma desta Lei.

O rol do artigo acima transcrito é, pois, exemplificativo, porque o inciso IX admite a inclusão de outros bens de valor cultural que venham a ser definidos, na forma da mesma lei.

Por outro lado, o critério diferenciador entre áreas especiais de inte-

54 “Em 1928 um grupo de arquitetos modernos se reunia na Suíça, no castelo de La Sarraz Vaud, graças à generosa hospitalidade de Madame Hélène de Mandrot. Depois de ter examinado, a partir de um programa elaborado em Paris, o problema colocado pela arte de edificar, firmaram um ponto de vista sólido e decidiram reunir-se para colocar a arquitetura diante de suas verdadeiras tarefas. Assim, foram fundados os Congressos Internacionais de Arquitetura Moderna, os CIAM”. Ao término dessa primeira reunião, firmaram um documento, denominado “Declaração de La Sarraz”, que contemplou as seguintes considerações acerca de urbanismo: “O Urbanismo é a administração dos lugares e dos locais diversos que devem abrigar o desenvolvimento da vida material, sentimental e espiritual em todas as suas manifestações, individuais ou coletivas. Ele envolve tanto as aglomerações urbanas quanto os agrupamentos rurais. O urbanismo não poderia mais estar exclusivamente subordinado às regras de um estetismo gratuito. Por sua essência, ele é de ordem funcional. As três funções fundamentais pela realização das quais o urbanismo deve velar são: 1. habitar; 2. trabalhar; 3. recrear-se. Seus objetivos são: a) a ocupação do solo; b) a organização da circulação; c) a legislação.” BRASIL. Ministério da Cultura, IPHAN. **Caderno de Documentos**. nº. 3, Cartas Patrimoniais. Brasília, 1995 p. 76.

resse turístico e locais de interesse turístico situa-se na ordem territorial, eis que implícita a diferença nos respectivos conceitos.

Com efeito, preconiza o art. 3º da Lei 6.513/77:

Art. 3º — Áreas Especiais de Interesse Turístico são trechos contínuos do território nacional, inclusive suas águas territoriais, a serem preservados e valorizados no sentido cultural e natural, e destinados à realização de planos e projetos de desenvolvimento turístico

Já o art. 4º, da mesma lei, estabelece o seguinte:

Art. 4º — Locais de Interesse Turístico são trechos do território nacional, compreendidos ou não em Áreas Especiais, destinados por sua adequação ao desenvolvimento de atividades turísticas, e à realização de projetos específicos, e que compreendem :

I — bens não sujeitos a regime específico de proteção;

II — os respectivos entornos de proteção e ambientação.

§ 1º — Entorno de proteção é o espaço físico necessário ao acesso do público ao Local de Interesse Turístico e à sua conservação, manutenção e valorização.

§ 2º — Entorno de ambientação é o espaço físico necessário à harmonização do Local de Interesse Turístico com a paisagem em que se situar.

Portanto, a instituição de áreas de interesse turístico tem por exigência a elaboração de planos e programas que estabeleçam formas não predatórias de uso do patrimônio cultural e natural, para fins turísticos. Já para a instituição de locais de interesse turístico a exigência centra-se na formalização de projetos executivos, com descrição de atividades, valendo a menção da expressa referência (art. 4º, “caput”) no pertinente à possibilidade de justaposição entre ambas.

Por conseguinte, verifica-se que tais áreas e locais são objeto de proteção para fins específicos, não representando a lei sob comento instrumento de proteção desvinculado de sua destinação, qual seja a finalidade turística.

Com efeito, preconiza a Lei 6.513/ 77:

Art. 6º — A EMBRATUR implantará e manterá permanentemente atualizado o Inventário de Áreas Especiais de Interesse Turístico, dos Locais de Interesse Turístico e dos bens culturais e naturais protegidos por legislação específica.

§ 1º — A EMBRATUR promoverá entendimentos com os demais órgãos e entidades mencionadas no art. 5, com o objetivo de se definirem os bens culturais e

naturais protegidos, que possam ter utilização turística, e os usos turísticos compatíveis com os mesmos bens.

Então, o texto da lei permite concluir que a declaração de interesse turístico de áreas especiais, locais e bens naturais e culturais tem por finalidade disciplinar seu uso não predatório. Da mesma maneira, é possível concluir que a proteção almejada alcança bens que, embora protegidos por outros textos, possam ter destinação turística. Por fim, o bens situados nos locais declarados de interesse turístico, apesar de não contemplados com proteção em legislação específica, o são pelo só fato da declaração estabelecida nessa Lei 6.513/77.

Esta é a interpretação oriunda dos arts. 1º, 3º, 4º e 6º, da lei, embora evidente a falta de clareza e boa técnica legislativa, posto que mais fácil e compreensível seria o estabelecimento de conceitos claros de cada um, atrelados à descrição das finalidades pretendidas, segundo cada espécie, que assim poderiam ser resumidas:

- a) realização de planos e projetos de desenvolvimento turístico para Áreas Especiais de Interesse Turístico;
- b) realização de projetos específicos para os Locais de Interesse Turístico;
- c) inventários de bens naturais e culturais que, protegidos por legislação específica, possam ter utilização turística;
- d) definição dos usos turísticos compatíveis com esses bens.⁵⁵

Ora, as duas primeiras finalidades representam puras ações de planejamento, embora possam representar também a adoção de providências de natureza urbanística, objetivando o desenvolvimento do setor econômico com exclusividade.

A terceira finalidade é típica ação administrativa, preparatória da última, a qual também é de natureza urbanística, caso trate de bens imóveis, e administrativa, se tratar de bens móveis, ambas porém com endereço econômico.

Importante sublinhar então que o objetivo primordial da lei, muito antes do propósito preservacionista, é de natureza econômica, aliás sintoma pró-

55 FERRAZ, Joandre Antonio. Regime jurídico... op. cit. p. 57.

prio de lei setorial, de marcante significado estatizante.⁵⁶

Cumpra lembrar a forma de instituição de Áreas e Locais de Interesse Turístico, previstas nos artigos 11 e 18, da Lei 6.513/77:

Art. 11 — As Áreas Especiais de Interesse Turístico serão instituídas por decreto do Poder Executivo, mediante proposta do CNTur, para fins de elaboração e execução de planos e programas destinados a :

I — promover o desenvolvimento turístico;

II — assegurar a preservação e valorização do patrimônio cultural e natural;

III — estabelecer normas de uso e ocupação do solo;

IV — orientar a alocação de recursos e incentivos necessários a atender aos objetivos e diretrizes da presente Lei.

Art. 18 — Os Locais de Interesse Turístico serão instituídos por resolução do CNTur, mediante proposta da EMBRATUR para fins de disciplina de seu uso e ocupação, preservação, proteção e ambientação

Outra evidência a destacar é a incompreensível distinção, já que Áreas Especiais são instituídas por decreto do executivo, enquanto os Locais por Resolução da Embratur. Ora, como já visto, o que diferencia um e outro é a dimensão territorial, sendo idênticas a natureza e a finalidade, o que exigiria instituição por atos jurídicos do mesmo nível.

Ademais, o art. 11, ao indicar os objetivos de planos e programas a serem elaborados para as áreas especiais, aponta alguns totalmente estranhos ao regramento setorial, como por exemplo a garantia da preservação e valorização do patrimônio cultural e natural, objetivo aliás já contido no Decreto 25/37, que organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional e ainda o estabelecimento de normas de uso e ocupação do solo, matéria a princípio privativa de regulamentação em lei. (art. 182 da CF/88)

Insista-se então, que esses objetivos são declarados como instru-

⁵⁶ “Em face da relevância pública do turismo no tocante à difusão da cultura e à participação, cada vez mais ampla, das mais variadas experiências sociais, justifica-se de forma geral, a intervenção do Estado contemporâneo no setor turístico e, conseqüentemente, na vida econômica, direta ou indiretamente, como centro animador e coordenador de uma série, sempre mais ampla de atividades, uma que vez que objetiva: a) suprir as carências da iniciativa privada; b) dirigir e coordenar a economia do país, segundo os objetivos gerais da política do governo; c) enfim, conseguir amplo e real bem-estar, não somente a si próprio, mas também como meio de obtenção de uma vida civil mais humana.” CUSTÓDIO, Helita Barreira. Turismo... op. cit. p. 323.

mentos de formação de desenvolvimento setorial, objetivo real da Lei 6.513/77.

Para reforçar, basta citar que o artigo 12 classifica as Áreas Especiais de Interesse Turístico em duas categorias: as prioritárias e as de reserva, denominações que indicam aproveitamento turístico imediato ou futuro, conforme os requisitos fixados no dispositivo em questão.

Os artigos 13 e 17 estipulam os requisitos para a validade do ato declaratório das áreas, e o artigo 15 para a validade dos planos e programas. Já o artigo 16, a maneira de implementação.

Saliente-se que a maioria das normas a serem editadas como decorrência da lei federal, compete privativamente aos estados e municípios. Daí a previsão da celebração de convênios entre a EMBRATUR e órgãos dessas esferas, estabelecida no artigo 20, da Lei 6.513/77.

Emerge então que a implementação dos planos e programas fica na dependência de aceitação por parte das unidades políticas, porquanto não estão elas obrigadas à celebração dos convênios e muito menos a participar dos estudos a que aludem os artigos 7º e 14.

Daí deriva interpretação restritiva à dicção do item III, do artigo 17, que justamente preconiza que do ato que declarar Área de Interesse Turístico, da categoria reserva, isto é, para aproveitamento futuro, constarão os órgãos e entidades que devam participar da preservação dessas características. Com efeito, colhe-se dele obrigações de natureza distinta e com efeitos diversos.

A primeira refere-se à preservação do espaço físico, e, por consequência dos bens culturais e naturais ali contidos, atribuída a responsabilidade aos proprietários, que bem poderão ser a União, os Estados ou Municípios.

A condição primordial portanto é a titularidade do domínio, equiparadas as pessoas jurídicas de direito público interno às de direito privado, físicas ou jurídicas, no tocante ao cumprimento das obrigações.

A outra, é de implementação dos planos e programas, vistos como de natureza programática, deferida a obrigação a Estados e Municípios, ficando o particular na posição de mero sujeito passivo, sem qualquer direito para eximir-se da indefinida responsabilidade pela integridade dos bens que possua ou para reassumir a plena propriedade sobre eles.

Vale dizer, instituída a Área Especial de Interesse Turístico, não há dispositivo que obrigue à elaboração de planos e programas, menos ainda sua implementação, ou estabelecimentos de prazos para que isso ocorra.

Deste modo, as restrições de uso institucionalizadas pelo ato declaratório são definitivas, não dispondo o particular de recurso específico para levantá-la, mesmo na hipótese de não-implementação dos planos e programas previstos.

Importante também sublinhar, que as restrições ante a instituição de Área Especial de Interesse Turístico têm a mesma aplicação em se tratando de Locais de Interesse Turístico, mudando tão-só a forma do ato declaratório, porquanto a última depende apenas de notificação dos proprietários para determinar-lhes restrições de uso, mesmo diante da não-adoção de medidas concretas disciplinadoras do uso compatível com a destinação turística do lugar, nos termos do artigo art. 8º, § 4º.

3.4. DAS PENALIDADES, SEGUNDO A LEI Nº 6.513/77

Preconiza o art. 24, da Lei 6.513/77:

Art. 24 — Além da ação penal cabível, a modificação não autorizada, a destruição, a desfiguração ou o desvirtuamento de sua feição original, no todo ou em parte, das Áreas de Especiais de Interesse Turístico ou dos Locais de Interesse Turístico, sujeitam o infrator às seguintes penalidades: ⁵⁷

I — multa de valor equivalente a 1.000 (mil) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional- ORTNs;

II — interdição de atividade ou de utilização incompatível com os usos permissíveis das Áreas Especiais de Interesse Turístico ou dos Locais de Interesse Turístico;

III — embargo da obra;

IV — obrigação de reparar os danos que houver causado; restaurar o que houver danificado, reconstituir o que houver alterado ou desfigurado;

V — demolição de construção ou remoção de objeto que interfira com os entornos de proteção e ambientação do Local de Interesse Turístico.

Penalidades serão cabíveis, segundo o caput do artigo em tela, se formalizada previamente a declaração de Área Especial ou Local de Interesse Turístico.

Entretanto, o descumprimento das diretrizes provisórias para uso e ocupação do espaço físico, derivadas da notificação da intenção declaratória, sujeitará o infrator às mesmas penalidades, desde que efetivada aquela.

⁵⁷ v. art. 166, do Código Penal.

3.5. DA AÇÃO DE ESTADOS E MUNICÍPIOS, SEGUNDO A LEI 6.513/77

No capítulo IV, a Lei 6.513/77 aborda a ação dos Estado e Municípios, preconizando o seguinte:

Art. 20 — A EMBRATUR fica autorizada a firmar os convênios que se fizerem necessários, com os governos estaduais e municipais, interessados, para:

I — execução, nos respectivos territórios, e no que for de sua competência, desta Lei e dos atos normativos dela decorrentes;

II — elaboração e execução dos planos e programas a que se referem os arts. 12 e seguintes;

III — compatibilização de sua ação, respeitando-se as respectivas esferas de competência e os interesses peculiares do Estado, dos municípios e da região metropolitana interessados.

Parágrafo Único — A EMBRATUR fica também autorizada a firmar convênios com órgãos e entidades federais, estaduais, metropolitanas e municipais visando à preservação do patrimônio cultural e natural, sempre com a participação do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN), respeitado o disposto no art. 6º, § 1º.

Art. 21 — Poderão ser instituídas Áreas Especiais de Interesse Turístico e Locais de Interesse Turístico, complementarmente, a nível estadual, metropolitano ou municipal, nos termos da legislação própria, observadas as diretrizes fixadas na presente Lei.

Art. 22 — Declarados, a nível federal, Área Especial de Interesse Turístico, ou Locais de Interesse Turístico, os órgãos e entidades mencionados no art. 5º prestarão toda a assistência necessária aos governos estaduais e municipais interessados, para a compatibilização de sua legislação com as diretrizes, planos e programas decorrentes da presente Lei.

Art. 23 — A EMBRATUR e os órgãos, entidades e agências federais que tenham programas de apoio à atividade turística darão prioridade, na concessão de quaisquer estímulos fiscais ou financeiros, aos Estados e Municípios que hajam compatibilizado sua legislação com a presente Lei, e aos empreendimentos neles localizados.

Verifica-se que das normas em questão, em primeiro lugar, emerge clara necessidade de regular o uso e ocupação do solo de interesse turístico,

compatibilizando a utilização de bens culturais e naturais, ainda que tutelados por legislação específica.

Torna-se difícil afirmar que a lei examinada represente, neste ponto, instrumento eficaz, embora signifique sensível avanço. Isto porque, os mecanismos de proteção nela previstos, ficam na dependência de ação conjunta de diversos organismos governamentais, de esferas diferentes, razão de pouco ou nenhum resultado prático.

Certo é, não obstante, que cabe aos três níveis governamentais implementar melhor a utilização da Lei n. 6.513/77, até agora de escassa aplicação.

E para tanto, não necessitam os Estados e Municípios aguardar a atuação da Embratur ou qualquer outro órgão federal. Esta evidência decorre tanto da própria lei, quanto do texto constitucional de 88, que atribui a esses entes federativos competência para aplicar a legislação federal e legislar concorrentemente e complementarmente, desde que observados os princípios gerais contidos na Carta Magna. (Arts. 23, 24 e 30, inc. I, da CF/88)

Ora, é sabido que o Estado Federal caracteriza-se pela distribuição do exercício de diferentes atividades entre o Estado Central e os Estados-membros, o que pode ser denominado de distribuição ou repartição constitucional de competências, que no modelo brasileiro alcança também o Distrito Federal e os Municípios.

Por outro lado, normas constitucionais pertinentes ao meio ambiente, patrimônio cultural e mesmo de interesse do direito ambiental, são abundantes do texto de vigência de 1988, especialmente atribuindo competências legiferantes e administrativas privativas, comuns e concorrentes aos diversos entes territoriais.

Ademais, não foi preocupação do legislador constituinte delimitar precisamente onde inicia ou termina a competência de cada um, mesmo porque em certos dispositivos, como no art. 216, § 1º e 225, “caput”, §§ 1º e 2º, a Constituição atribuiu competência na matéria ambiental ao Poder Público ou à lei, sem especificar se se trata de competência federal, estadual ou municipal.⁵⁸

Então, quisessem os Estados-membros e Municípios retirar da inércia os ditames da Lei 6.513/77, não necessitariam aguardar, tais como subordinados, as iniciativas federais ou a formalização de convênios ou outros mecanismos da sabidamente tortuosa burocracia central.

⁵⁸ cf. GRECO, Leonardo. Competências constitucionais em matéria ambiental. In: **Revista dos Tribunais**, v. 687, p. 23-33. São Paulo: RT, jan. 1993, p. 24.

4. A IDÊNTICA NATUREZA JURÍDICA DO PATRIMÔNIO TURÍSTICO E DOS BENS E DIREITOS QUE O COMPÕEM

4.1. BENS E DIREITOS DE VALOR TURÍSTICO COMO PATRIMÔNIO PÚBLICO

Cumpre agora ressaltar o extraordinário avanço legislativo, representado pelo teor do art. 33, da Lei nº 6.513/77, que determinou a inclusão dos bens e direitos de valor turístico no rol daqueles que formam o patrimônio público, nos termos do art. 1º, § 1º, da Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965, que disciplina a Ação Popular, que passou, então, a ter a seguinte redação:

Art. 1º — [...]

§ 1º — Considera-se patrimônio público para os fins referidos neste artigo, os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico e turístico.

Inaugurou-se assim uma nova era, porquanto ao catalogar como patrimônio público também os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico e turístico, restou definitivamente sepultado o restrito conceito de patrimônio público, até então admitido, singelamente, “*como mera expressão do interesse pecuniário insito nos bens das entidades públicas*”.⁵⁹

Da mesma maneira, também a ótica tradicional do conceito, ainda nos dias atuais praticada, que admite o patrimônio público tão-só como “o conjunto de bens de qualquer espécie, pertencentes aos entes estatais, que os administra, para o atendimento do interesse geral”⁶⁰, passa a ter agora outro significado, ampliada que foi, na essência, para compreender também bens e direitos desvinculados de expressão ou apreciação econômica, independentes em relação à dominialidade e representativos de valores imateriais, até então desprovi-

⁵⁹ cf. MILARÉ, Édis. *A ação civil pública na nova ordem constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1990. p.22.

⁶⁰ — In: *Enciclopédia Saraiva de Direito*. Coord. Prof. R. Limongi França, v.57, p. 276 — São Paulo: Saraiva, 1977, p.276.

dos de tutela eficiente, eis que então enquadrados na categoria de interesses que, embora existentes, situavam-se à margem da vida jurídica.

Essa nova concepção jurídica, foi a seguir, notavelmente aprimorada, exatamente quando da edição da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, que a reiterou, adaptando-a à noção de meio ambiente, nos seguintes termos:

Art. 2º — A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no país, condições ao desenvolvimento sócio-econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana, atendidos os seguintes princípios:

I — ação governamental na manutenção do equilíbrio ecológico, considerando **o meio ambiente como um patrimônio público** a ser necessariamente assegurado e protegido, tendo em vista o uso coletivo. (original sem grifos).

Esse conceito desmonetizado de patrimônio dilatou notavelmente a área de atuação da ação popular, que, de um ponto de vista flexível, passou a ser encarada como uma ação civil pública,⁶¹ embora de titularidade diversa daquela, ensejando sua utilização na tutela de interesses até então marginalizados da vida jurídica, como os ligados ao urbanismo, às atividades edilícias, à proteção do meio ambiente, à preservação de paisagens naturais, de jazidas arqueológicas e obras ou locais de valor histórico-cultural.⁶²

4.2. BENS DE INTERESSE PÚBLICO. UMA NOVA CATEGORIA

Esta nova relação de direito, que atribuiu ao patrimônio turístico a natureza jurídica de patrimônio público, e não só a ele como também aos bens ambientais em geral, deu margem a uma nova categoria de bens, qual seja, os bens de interesse público, cujo controle não se reduz à mera vigilância especial, mediante o exercício do poder de polícia da administração nos moldes tradicionais.

61 cf. LACERDA, Galeno de. Ação civil pública. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, ed. especial, v. 19, p.11-33, 1986. p.14.

62 cf. MILARÉ, Édís. A ação civil pública... op. cit. p.22.

Isto porque, a limitação imposta aos bens de interesse público manifesta-se diretamente na sua essência jurídica, diferentemente das limitações gerais impostas à propriedade privada, ante sua subordinação ao uso social.⁶³

A doutrina vem configurando a categoria dos bens de interesse público, na qual se inserem aqueles bens (públicos ou particulares) qualificados por certos valores, em vista dos quais devam ficar subordinados a uma disciplina jurídica especial, para a consecução do fim colimado. Segundo observa Giuseppe Palma, “a locução “bens de interesse público” descreve a situação de alguns bens que têm regime próprio em virtude dos interesses públicos a serem tutelados, inerentes à utilidade e a valores que os bens possuem” e que “é reconhecido de direta relevância social, pelo que a lei os submete a um regime particular (...), que lhes assegure a função social específica em benefício da coletividade”. Esse regime especial comporta vínculos, obrigações, deveres e ônus, relativamente à disponibilidade dos bens e à possibilidade de intervenção de variado gênero por parte de órgãos da Administração Pública.”⁶⁴

Entendemos passível de invalidação por ação popular o registro de loteamento em desacordo com a legislação pertinente, porquanto tal ato, sobre ser ilegal, é lesivo ao patrimônio urbanístico municipal. Essa hipótese, a nosso ver, enquadra-se na conceituação ampla do art. 1, § 1, da lei em exame, que considera patrimônio público “os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico e *turístico*”. (original sem grifos)⁶⁵

Tomemos um exemplo concreto.

Em 1982, durante uma expedição pela Amazônia, o oceanógrafo Jacques Cousteau vaticinou: “Hoje, o mundo está preocupado com a guerra nuclear, mas essa ameaça vai desaparecer. A guerra do futuro será entre os que defendem a natureza e os que a destroem”.⁶⁶

Dentre os interlocutores de Cousteau, encontrava-se um empresário, então proprietário de um hotel em Manaus, que memorizou aquela espécie de profecia. Em 1986, três anos antes da queda do Muro de Berlim e do sepultamento do temor nuclear, iniciou ele às margens do Rio Negro, a três horas de

63 cf.. SOUZA FILHO, Carlos Frederico Mares. A proteção jurídica... op. cit. p.05.

64 SILVA, José Afonso da. Direito urbanístico brasileiro. 2 ed. op.cit. p. 70.

65 MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção**. 13 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. p. 99, nota de rodapé nº2.

66 A Terceira Onda. Isto É, nº.1382: p.36-40. 27 de março de 1996.

barco de Manaus, a construção de um pequeno hotel de selva com apenas quatro quartos. Dez anos depois, o mesmo empreendedor comanda um negócio que arrecada US\$ 1,5 milhão por ano, com perspectiva de quintuplicar o faturamento até o final do século. Único no mundo, por ter sido construído à altura da copa das árvores, passa por obras que o transformarão no segundo maior hotel da região amazônica com mais de 200 quartos.⁶⁷

Este exemplo de pioneirismo presta-se não só à demonstração da rentabilidade do denominado eco-turismo, mas em maior dimensão para demonstração da existência e mensurabilidade de um patrimônio turístico, passível de apropriação, ora pelos particulares ou de titularidade da sociedade como um todo, porém sempre integrado por bens e direitos de valor turístico.

4.3. O SIGNIFICADO DA PALAVRA DIREITOS EM SEDE DE PATRIMÔNIO TURÍSTICO E CULTURAL

Não obstante, já que a dicção legal original, (art. 33, da Lei nº 6.513/77) aduz que “considera-se patrimônio público os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico e turístico”, preliminarmente é necessário examinar o alcance e significado jurídico da expressão *direitos*.

Ao examinar a palavra *direito*, os doutrinadores civilistas assinalam a ambivalência semântica da expressão, que tanto se presta para exprimir as ordens, imposições, proibições ou permissões estatuídas pelo Estado, como também quer significar projeção individual da norma, efeito desta, o que indivíduo postula, reclama e defende.⁶⁸

Costuma-se distinguir o direito assim concebido em objetivo e sub-

⁶⁷ ibidem.

⁶⁸ cf. PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito... op. cit p. 4.

jetivo, embora respeitáveis opiniões em contrário: ⁶⁹ ⁷⁰

a) O direito objetivo é o complexo de normas jurídicas que regem o comportamento humano, de modo obrigatório, prescrevendo uma sanção no caso de sua violação (*jus est norma agendi*). ⁷¹

b) O direito subjetivo abrange o poder de ação contido na norma, a faculdade de exercer em favor do indivíduo o comando emanado do Estado, definindo-se *ius est facultas agendi*. ⁷²

Releva, por outro lado, sublinhar a interessante observação doutrinária, no que respeita ao emprego, via de regra, no modo singular da expressão direito objetivo e no plural, com relação aos direitos subjetivos:

Muito embora apresente variedade nos seus aspectos, o direito objetivo mantém aquela unidade conceitual que decorre da sua própria natureza. Do princípio de que o direito consiste na avaliação dos comportamentos subjetivos considerados no seu aspecto complementar, decorre, por outro lado, a variedade ou pluralidade das qualificações jurídicas os próprios comportamentos. Todos eles são determinados pelo direito objetivo, mas alguns desses comportamentos são impostos imperativa-

⁶⁹ “Nesse caso, o Direito, quer dizer, a norma jurídica geral a aplicar pelo órgão jurídico, está na disposição de um determinado indivíduo, normalmente na disposição daquele indivíduo em face do qual um outro indivíduo é obrigado a determinada conduta. Neste sentido, o direito (objetivo) é, de fato, o seu direito. Se na representação desta situação nos servimos do conceito auxiliar de direito reflexo, então pode dizer-se que o direito subjetivo (*die Berchtigung*) — que é apenas o reflexo de um dever jurídico — está revestido do poder jurídico, pertencente ao seu titular, de fazer valer esse direito reflexo, quer dizer, o não-cumprimento do dever de que este é reflexo, através de uma ação judicial.” Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**. (Reine Rechtslehre). trad. João Baptista Machado. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1987. p. 147.

⁷⁰ Comentando o dizer de Kelsen Maria Helena Diniz afirma: “Autores há, como Kelsen, que procuram demonstrar que o direito subjetivo não existe como algo independente. O mestre de Viena, ao estabelecer que o direito deve ser visto como um sistema de normas, afirma que o direito subjetivo nada mais é do que o reflexo de um dever jurídico, que existe por parte dos outros em relação ao indivíduo de que se diz ter um direito subjetivo. Como o dever jurídico é a própria norma, o direito subjetivo é o fenômeno normativo colocado à disposição do sujeito.” DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 1989, v. 1, p. 9 — nota de rodapé.

⁷¹ *id.*, p. 8.

⁷² cf. PEREIRA, Caio Mário. *Instituições ... op cit.* p. 10.

mente; outros serão protegidos completamente; outros, finalmente, somente autorizados implícita ou explicitamente.⁷³

Nesta linha de raciocínio, adquire especial relevo a divisão entre direitos subjetivos públicos e privados, formulada por Santoro Passarelli:

São públicas as relações constituídas para a tutela dum interesse público, isto é, essencial para a ordem jurídica, e privada as outras. O sujeito ativo das primeiras pode ser não só um ente público, mas também o particular a quem seja atribuído, para a realização dum interesse público, do qual participa, um direito subjetivo, que por isso se chama público. Reciprocamente, o sujeito ativo das segundas pode ser não só um particular, mas também o ente público a que tenha sido atribuído um direito subjetivo para a realização dum interesse próprio e não diretamente da comunidade personificada nele.⁷⁴

Cunha Gonçalves,⁷⁵ em longa sustentação, distingue duas categorias de direitos subjetivos públicos, afirmando que na primeira categoria situar-se-ão os direitos do Estado e de outros entes públicos para com o cidadão e na segunda, os direitos dos cidadãos para com o Estado e outros entes públicos.

Aduz ainda, que na primeira categoria estão incluídos os direitos pessoais do Estado, como os poderes disciplinadores exercidos sobre os funcionários públicos, os militares, os jurados e condenados, e ainda os patrimoniais, que tanto podem ser reais, como nos bens de domínio público, quanto de obrigações, como nos tributos e licenças.

E na segunda categoria, distingue os direitos subjetivos públicos, que denominou convencionais, os quais resultam de concessões de serviços públicos ou de privilégios como na hipótese de expropriação e os legais, fundados nos direitos cívicos e políticos.

Seguindo a esteira de Cunha Gonçalves e considerando-se a que expressão *direitos de valor turístico* é empregada nas leis da Ação Popular e da Ação Civil Pública, é possível a dedução de que quer ela significar direitos pú-

⁷³ CHAVES, Antônio. **Lições de direito civil**. São Paulo: Bushatsky, Universidade de São Paulo, 1972, p.170.

⁷⁴ cf. SANTORO- PASSARELLI, F. Teoria geral do direito civil. Coimbra: trad., Atlântida, 1967, p. 49-62.

⁷⁵ cf. GONÇALVES, Luiz da Cunha. **Tratado de direito civil**. São Paulo: Limonad. 1955, 2 ed, v.I, t 1, p. 269-350.

blicos subjetivos, da espécie legal, pertinentes ao pleno exercício da cidadania.⁷⁶

4.4. O SIGNIFICADO DA PALAVRA VALOR EM SEDE DE PATRIMÔNIO TURÍSTICO E CULTURAL

Segundo Pontes de Miranda, na órbita privada, “para o conceito de coisa, ou de bem, ou de objeto de direito é sem relevância o conceito de *valor*”, porquanto, “o que não tem valor pode ser objeto de direito, inclusive de direito das coisas (coisa em senso estrito).⁷⁷

Ora, afirmou o legislador pátrio que entende-se por patrimônio público também os bens e direitos de *valor* turístico, razão pela qual é importante fixar o significado de tal afirmativa.

Em primeiro lugar, observa-se que a questão assim positivada não se refere à pauta axiológica, pertinente à filosofia do direito, relativa à existência de específicos valores jurídicos, frente à pura investigação, também filosófica, do sentido estimativo do direito, na busca de uma teoria da justiça.

Enquanto a investigação sobre os ideais reais de cada ordenamento jurídico ou cada decisão judicial constitui uma investigação empírico-científica, a indagação em torno dos valores jurídicos puros mostra-se como uma indagação metafísica, de uma metafísica existencial que encontra a conduta humana como um dever-ser axiológico, orientado, sempre para o melhor.⁷⁸

Da mesma maneira, é preciso assinalar a correlação entre norma e juízo de valor, ainda que tal relação se apresente como relativa.

Neste sentido, Kelsen:⁷⁹

⁷⁶ Para Cunha Gonçalves, o direito subjetivo “é o poder jurídico de cada pessoa, singular ou coletiva, baseado no direito objetivo, e que se dirige às outras pessoas, a fim de lhes reclamar o cumprimento dos correlativos deveres jurídicos, para a satisfação de fins e interesses humanos”. Apud NAUFAL, José. **Novo dicionário jurídico brasileiro**. v. I.7 ed. São Paulo: Parma., 1984. p. 477.

⁷⁷ cf. MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. 4 ed., t.II, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977. p. 23.

⁷⁸ PINTO, Marília Muricy M. Valores Jurídicos. In **Enciclopédia Saraiva de Direito**. Coordenação Prof. R. Limongi França. v. 76, p. 392-394. São Paulo: 1977. p.393.

⁷⁹ KELSEN, Hans. Teoria pura... op. cit. p. 19.

“Através de outros atos de vontade humana podem ser produzidas outras normas, contrárias às primeiras, que constituam outros valores, opostos aos valores que estas constituem. O que, segundo aquelas, é bom, pode ser mau segundo estas”.

Então, para a aferição da vontade do legislador na hipótese vertente, o importante é admitir o valor, no seu sentido expresso, presente na dicção da lei, como categoria distinta do mero juízo de valor judicial, derivado do conhecimento jurídico puro e simples.

O dizer doutrinário:

Quando designamos os juízos de valor que exprimem um valor objetivo como objetivo, e os juízos de valor que exprimem um valor subjetivo como subjetivo, devemos notar que os predicados “objetivo” e “subjetivo” se referem aos valores expressos e não ao juízo como função do conhecimento. Como função do conhecimento tem um juízo de ser sempre objetivo, isto é, tem de formular-se independentemente do desejo e da vontade do sujeito judicante.⁸⁰

Assim, o valor turístico será o valor expresso e formalizado no texto da lei, no seu sentido objetivo, de norma válida e aplicável em relação a um objeto de direito, material, como as edificações de valor histórico, ou imaterial como a harmonia da paisagem, por exemplo. Vale dizer, que as expressas referências legais e constitucionais, que delimitam bens e circunstâncias formadoras do patrimônio turístico nacional, sustentam a noção jurídica de valor deste mesmo patrimônio.

4.5. O SIGNIFICADO DA PALAVRA BENS EM SEDE DE PATRIMÔNIO TURÍSTICO E CULTURAL

Passemos, então, ao do exame da expressão jurídica *bem*.

O vocábulo “bem” se presta a vários significados. Sob ponto de vista estritamente filosófico, bem é tudo aquilo que pode proporcionar qualquer sa-

⁸⁰ id. p. 23.

tisfação ao homem.⁸¹ A amizade, por exemplo, encarada sob o aspecto exclusivamente filosófico, é um bem. Filosoficamente, ainda, Deus é o bem supremo.

Juridicamente, entretanto, Deus e amizade não podem ser tidos como bens, já que nesse sentido só serão considerados bens os valores materiais e imateriais que possam ser objeto de uma relação de direito.

Do ponto de vista jurídico, bem é expressão de amplo significado, abrangendo coisas corpóreas, incorpóreas, materiais e imateriais, fatos e abstenções humanas,⁸² isto é, tudo aquilo que pode erigir-se em objeto de direitos patrimoniais.

Aliás, Barros Monteiro esclarece que:

[...]o conceito de coisas corresponde ao de bens, mas, nem sempre há perfeita sincronização entre as duas expressões. Às vezes, coisas são gênero e bens, a espécie; outras, estes são o gênero e aquelas a espécie; outras finalmente, são os dois termos usados como sinônimos, havendo então entre eles coincidência de significação.⁸³

Já para outros civilistas, é possível inscrever na categoria de bens jurídicos a satisfação de nossas exigências e de nossos desejos, quando amparados pela ordem jurídica, isto é, tudo que pode ser objeto da relação jurídica, sem distinção da materialidade ou da patrimonialidade, exatamente frente à existência de bens sem representação ou expressão patrimonial, a exemplo do direito ao nome e ao estado de família.⁸⁴

Por outro lado, verifica-se na esfera privada do direito a intensa conotação entre bem e economia. Daí dizer Barros Monteiro que “coisas e bens econômicos constituem o patrimônio da pessoa, natural ou jurídica”.⁸⁵ Mas, para que possam integrá-lo, é preciso sejam economicamente apreciáveis, idôneos à estimação pecuniária. Se não suscetíveis de aferição pecuniária escapam ao raio de ação do direito. O dinheiro é, por assim dizer, seu denominador comum. Eis porque bens como a vida, a honra, a liberdade e o nome não integram o patrimônio das pessoas. Tais bens não podem ser aferidos economicamente, por-

81 SALLES, José Carlos de Moraes. **A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 112.

82 cf. MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil**. parte Geral 33ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995. p. 135.

83 *ibidem*

84 cf. PEREIRA. Caio Mário da Silva. *Instituições de direito...* p.253.

85 *id.* p. 136.

que de valor inestimável para seus titulares, constituindo, portanto emanações da personalidade natural, direitos personalíssimos, que não ingressam na formação do patrimônio. Segundo Orlando Gomes:

Os direitos da personalidade são absolutos, extra-patrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios, e necessários. Por sua própria natureza, opõem-se erga omnes, implicando o dever geral de abstenção. Os bens jurídicos sobre os quais incidem não são suscetíveis de avaliação pecuniária, embora possam alguns constituir objeto de negócio jurídico patrimonial e a ofensa ilícita a qualquer deles se tenha como pressuposto de fato do nascimento da obrigação de indenizar, ainda quando se trate de puro dano moral.⁸⁶

No mesmo sentido a afirmação de Bevilacqua: “*Os bens não econômicos são irradiações da personalidade que, por não serem susceptíveis de medida de valor, não fazem parte de nosso patrimônio*”.⁸⁷

Não obstante, à parte das concepções privatistas e do teor dos textos comportamentais, destinados à solução dos conflitos eminentemente particulares, outros interesses gravitam em favor da sociedade e também catalogados em lei na categoria jurídica “bem”, porém em acepção inteiramente diversa daquela utilizada pelo Direito das Coisas, entendido como o conjunto das normas que regulam as relações jurídicas concernentes às coisas suscetíveis de avaliação econômica e moral por parte do homem.⁸⁸

Vale assim mencionar o teor do art. 1º, da Lei 7.347, de 24 de julho de 1985, que disciplina a ação civil pública:

Art. 1º — Regem-se pelas disposições desta lei, sem prejuízo da ação popular as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados :

I — ao meio ambiente;

II — ao consumidor;

III — aos *bens e direitos de valor* artístico, estético, histórico, *turístico e paisagístico*;

IV — a qualquer outro interesse difuso ou coletivo;

⁸⁶ GOMES, Orlando. Direitos de personalidade. *Revista forense*, v.216. p.5-10. Rio de Janeiro. out/dez. 1966. p.7.

⁸⁷ BEVILÁQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Rio, 1980. p. 259.

⁸⁸ cf. CRETILLA JÚNIOR, José. *Direito Administrativo Comparado*. Rio de Janeiro: Forense, 1990, p. 223.

V — por infração da ordem econômica.(original sem grifos)

Ora, óbvia é a constatação de que a acepção e o significado da expressão “bens e direitos de valor turístico”, mencionada pelo legislador nos moldes acima reproduzidos, repetindo, ademais, o anteriormente positivado pela lei da Ação Popular adquire outra configuração, inteiramente distinta daquela utilizada na legislação privada civil. Basta ver a destinação dos textos de lei em que é empregada: Lei 7.347/85 que disciplina a ação civil pública, mecanismo processual não disponível ao particular individualmente, na dicção do seu art. 5º, e Lei 4.717/65, instituidora da ação popular, instrumento processual posto à disposição cidadão, assim legitimado individualmente a defender o patrimônio público.

Ademais, se os direitos personalíssimos podem ser indenizados na órbita civil, mesmo quando se trate de puro dano moral, as agressões aos valores imateriais, intrínsecos no patrimônio turístico também o serão e sob o mesmo fundamento de dano moral, sem prejuízo aos preceitos cominatórios de fazer ou não fazer — art. 3º da lei sob comento — frente à expressa disposição legal, qual seja, o caput do art. 1º, da Lei 7.347/85, com a redação de acordo com a Lei 8.884, de 11 de julho de 1988, acima transcrito.

Para alicerçar essa conclusão, se afigura necessária a verificação dos parâmetros básicos estabelecidos na legislação civil e, com maior especificidade, o regramento do direito de propriedade, seu conteúdo, extensão e limites.

Importante agora ressaltar que o livro do Código Civil que trata da propriedade refere-se unicamente à coisa apropriável. Por outro lado, ao comentar o art. 43 da Parte Geral do Código, Bevilacqua definiu com precisão a diferença entre bens e coisas, ao sublinhar que os primeiros, no seu sentido jurídico, podem ser imateriais, não econômicos, eis que insuscetíveis dessa medida de valoração, e assim arredada a possibilidade jurídica de ingresso no patrimônio individual. Ao contrário, o direito das coisas tem esta designação “*porque é da propriedade e dos desmembramentos que se trata*”.⁸⁹

“*O direito de propriedade, em sentido genérico, abrange todos os direitos que formam o nosso patrimônio, isto é, todos os direitos que podem ser reduzidos a valor pecuniário*”.⁹⁰

Decorre daí, a certeza de que universo jurídico relativo ao bem não se exaure no tratamento a ele conferido no Direito das Coisas, porquanto o

89 BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil Comentado**. 4 ed., Rio de Janeiro, Forense, 1956, p.259.

90 PEREIRA, Laffayette Rodrigues. **Direito das Coisas**. 6 ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1956, p. 77.

ali retratado refere-se à coisa como valor econômico, apropriável individualmente e de seus reflexos nas relações privadas. Por certo, não integra, a teor das disposições legais em questão, qualquer disciplina relativa aos bens imateriais, de valor não econômico e, no dizer da doutrina civilista, inapropriáveis individualmente. Em síntese, não coube ao Código Civil dispor sobre eles, justamente porque escapam às relações de ordem privada.

Assim, frente à existência desses valores imateriais, que refogem à competência normativa privatista, emergem os denominados interesses públicos, alicerçados na conotação com utilidade, ora em favor do titular isolado, ora em benefício da sociedade.

Esta distinção é esclarecida por Bevilacqua, ao afirmar que:

Bem é uma utilidade, porém com extensão maior do que a utilidade econômica, porque a economia gira dentro de um círculo determinado por três pontos : o trabalho, a terra e o valor, ao passo que o direito tem por objeto interesses que se realizam dentro deste círculo, e interesses outros, tanto do indivíduo, quanto da família e da sociedade. Assim, no direito há os bens econômicos e os bens que não o são. Os bens econômicos formam o nosso patrimônio.⁹¹

Não se perca de vista, então, que tudo quanto o homem admitir como utilidades para si, pode constituir objeto de um direito, ainda que não compreendidas no conceito de propriedade por insuscetíveis de apropriação privada. E a contraposição entre as diversas formas de interesse, também será capaz de sustentar a distinção entre o interesse tradicionalmente privado, de titularidade do cidadão, frente àqueles públicos de titularidade do Estado.

Colhe-se ainda que esta visão “exprime apenas uma faceta do que seja o interesse público, conceito este que tem sido utilizado para alcançar também os chamados interesses sociais, os interesses indisponíveis do indivíduo e da coletividade, os interesses coletivos e difusos, os transindividuais etc.”.⁹²

Nesse sentido o interesse do Estado, embora público porque de titularidade de uma pessoa jurídica de direito público, não coincide necessariamente com o conceito de bem geral, isto é, o interesse da coletividade na sua íntegra. Também não se confundem com os primeiros, os autênticos interesses difusos, como o do meio ambiente ecologicamente equilibrado, por exemplo.

Aspecto relevante é a afirmação de que essa relação, analisada sob

91 BEVILACQUA, Clóvis. **Direito das coisas**, 5 ed. v. I Rio de Janeiro: Forense, s. d. p. 109.

92 MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p. 19.

a ótica do sujeito, traduz-se em necessidade e, quando enfocado o objeto, em utilidade. Trata-se, entretanto, de uma única relação, vista sob perspectivas diferentes, como as duas faces de uma mesma moeda. Portanto, o objeto do interesse tanto pode situar-se em um bem como num valor, ambos marcados pela utilidade ao sujeito.

4.6. O BEM PÚBLICO

Emerge então o sentido jurídico da adição do vocábulo *público*, justaposto à palavra *bem*. A indagação que se apresenta lógica então é: qual o real significado da expressão bem público? ⁹³

Segundo Benjamin, “*tal atributo ora quer dizer que o bem pertence ao Estado-pessoa ora quer significar que o bem tem como destinatário o público, daí a natureza pública*”⁹⁴. Em síntese, o atributo público tanto presta-se para marcar a titularidade do Estado, como para ressaltar o “*prisma do público*”, qual seja o do administrado.

No primeiro sentido, a relação é eminentemente de dominialidade entre o Estado e o bem de que é titular; na segunda acepção, a mesma relação de dominialidade apresenta-se diluída e pulverizada no âmbito difuso da coletividade. Daí a afirmação do mesmo autor, no sentido de que “*num o aspecto público tem conteúdo dominial; noutro só finalístico*”.⁹⁵

Logo, bem de valor turístico é bem público, assim catalogado na texto constitucional e infraconstitucional (Arts. 23, II e 24, VII e VIII, da CF 88 e Art. 1, III, da Lei 7.347/85) exatamente por ser “direito de todos” e não por se apresentar como algo de dominialidade do Estado-pessoa.

A consequência lógica dessa afirmação é a evidência de que tal elenco de bens públicos serão sempre submetidos a regime de direito público,

⁹³ “Bens públicos são as coisas materiais ou imateriais, assim como as prestações, que pertencem às pessoas jurídicas, objetivam fins públicos e estão sujeitas a regime jurídico especial, derogatório ou exorbitante do direito comum”. CRETELLA Júnior, op. cit. p. 224

⁹⁴ BENJAMIN, Antonio Herman V. *Função Ambiental*. In: **Dano ambiental, prevenção, reparação e repressão**. Coord. Antonio Herman V. Benjamin, v.2. p. 9-82. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. p.65.

⁹⁵ *ibidem*

derrogatório e exorbitante do direito comum, traço, aliás, marcantemente caracterizador da diferença entre aqueles e os bens da área civilista privada.

Assim, a diferença também reside nos regimes jurídicos a que ambos estão sujeitos. Enquanto os bens particulares se submetem ao direito civil, subordinando-se a regime jurídico de direito privado, uma vez que suscetíveis de apropriação por particulares, os bens públicos serão sempre cogitados pelo direito administrativo, regime jurídico de direito público, tutelados e mesmo policiados pelo Estado, garantindo-se o uso geral pelos administrados.

4.7. O USO COMUM DO POVO

Não obstante, para configuração da exata dimensão desse bem público, faz-se necessária a inserção de mais um atributo, qual seja, aquele relativo ao seu uso comum.

Segundo Hely:

Uso comum do povo é todo aquele que se reconhece à coletividade em geral sobre os bens públicos, sem discriminação de usuários ou ordem especial para sua fruição. É o uso que o povo faz das ruas e logradouros públicos, dos rios navegáveis, do mar e das praias naturais. Esse uso comum não exige qualquer qualificação ou consentimento especial, nem admite frequência limitada ou remunerada, pois isto importaria atentado ao direito subjetivo público do indivíduo de fruir os bens de uso comum do povo sem qualquer limitação individual. Para esse uso só se admitem regulamentações gerais de ordem pública, preservadora da segurança, da higiene, da saúde, da moral e dos bons costumes, sem particularizações de pessoas ou categorias sociais.⁹⁶

O sentido aqui também é finalístico, posto que, embora de fruição individual facultativa dirigida a qualquer do povo, o bem público de uso comum tem destinação coletiva, já que de uso não específico, no que pertine à individualização dos usuários.

Conforme Cirne Lima:

⁹⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 13º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 429.

Uma das características do uso comum é que nenhum utente possa excluir outro, dada a paridade de situações entre todos. Aplicado a rigor este princípio, o uso comum do domínio público seria fonte inestancável de conflitos entre os indivíduos, já que o uso de qualquer deles constituiria, sempre, num local e num momento dados, obstáculo material ao uso dos demais. A fim de assegurar a normal distribuição, no tempo e no espaço, dos utentes, serve-se a administração da intervenção reguladora da polícia.⁹⁷

Por outro lado, a conclusão de que o patrimônio turístico e suas variáveis de composição, bens e direitos de valor turístico, ostentam a mesma natureza jurídica, qual seja, patrimônio público de uso comum do povo, também encontra sustentação no texto constitucional brasileiro.

Com efeito, o patrimônio turístico em sentido amplo, como se viu alhures, integra de forma indissociável o conceito atual e juridicamente positivado de meio ambiente. Logo, a ele se aplica a dicção constitucional estampada no caput do art. 225, da Constituição Federal de 88, que qualificou o meio ambiente como bem de uso comum do povo, determinando, por extensão, o mesmo regime jurídico dos bens do gênero “bens públicos”.⁹⁸

No entanto, é necessário destacar, que a finalidade de interesse público sempre e em todas as hipóteses prevalecerá, determinando a incidência da prefalada categoria bens de interesse público, regidos por especial regime jurídico, derogatório e exorbitante do direito comum.

Pelo exposto, pode-se concluir que o patrimônio turístico e os bens e direitos que o integram, ostenta a natureza jurídica de patrimônio público, de uso comum do povo, ante expressa previsão legal, consubstanciada no teor do art. 1º, § 1º, da Lei 4.717/65, que dispõe sobre Ação Popular, combinado com o enunciado constitucional do art. 225, caput, da Constituição Federal de 1988.

⁹⁷ LIMA, Ruy Cirne. **Princípios de direito administrativo**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 193.

⁹⁸ cf. SAMPAIO, Francisco José Marques. **Meio ambiente no direito atual brasileiro**. Curitiba: Juruá, 1993. p.25.

4.8. O PATRIMÔNIO SOCIAL

Resta indagar, na esteira dos raciocínios até aqui expendidos, qual o significado da expressão *patrimônio social*, alinhada no art. 129, inc. III, da Constituição Federal de 1988, que descreve funções institucionais do Ministério Público, ostentando a seguinte redação:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

III- promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e *social*, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Segundo Milaré, “*patrimônio social, traduz o conjunto de bens inapropriáveis individualmente, mas de fruição da coletividade [...] tais como as águas, as florestas, a fauna e os que interessam ao patrimônio histórico e cultural*”.⁹⁹

Rodrigues acrescentando, nomina tais bens como coisas da sociedade:

Além das coisas de uso comum do povo, incluem-se nesta categoria os bens que, por se destinarem a satisfazer necessidades coletivas, são pela própria sociedade apropriados”. Dado o interesse geral do povo sobre tais bens, e com o intuito de policiar seu fornecimento e garantir sua distribuição, o estado submete-os a um regime de monopólio, vedando sejam apropriados e negociados por particulares.¹⁰⁰

Por conseguinte, emergem dificuldades na identificação de elementos diferenciadores entre os conceitos de patrimônio público e patrimônio social, que, se existentes, nenhuma relevância prática apresentam, em relação ao objeto do presente estudo.

De fato, o meio ambiente, bem não sujeito a apropriação individual, porque bem da sociedade, por isso *patrimônio social*, também está cataloga em lei como patrimônio público, à luz do preceituado no art. 2º, da Lei nº 6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente e ainda conforme o teor do art. 1º, § 1º, da Lei nº 4.717/65, que trata da Ação Popular.

Na lição de Milaré, e apenas por questão metodológica, poder-se-ia

⁹⁹ MILARÉ, Édís. A ação civil pública... op. cit. p. 23

¹⁰⁰ RODRIGUES, Sílvio. Direito Civil...op. cit. p. 144..

fazer um detalhamento em relação à questão da dominialidade, mediante o emprego das distinções apontadas pelo art. 66, do Código Civil:

O patrimônio público, em acepção restrita, seria indicador do conjunto dos bens de uso especial e dos bens dominiais da pessoa pública, respectivamente, bens do patrimônio indisponível e bens do patrimônio disponível, enquanto o patrimônio social exterioriza-se como expressão dos bens de uso comum (*res communes omnium*), sempre indisponíveis.¹⁰¹

Pode-se então concluir que o legislador constituinte ao pretender estabelecer distinção conceitual entre patrimônio público e patrimônio social, o fez tão-só como medida preventiva, relacionada a possíveis interpretações restritivas, pertinentes ao primeiro.¹⁰²

Em síntese, a natureza jurídica do patrimônio e dos bens e direitos de valor turístico está definida como patrimônio público e social, de uso comum do povo, de acordo com os ditames constitucionais do art. 225, caput, da Constituição Federal, combinado com o art. 1º, § 1º, da Lei nº 4.717/65, que trata da Ação Popular e art. 2º, inc. I, da Lei 6.938/81, que versa sobre a Política Nacional do Meio Ambiente.

101 MILARÉ, Édis. Ação Civil... op. cit. p.23.

102 op. cit. p. 23-24.

5. O ART. 1º, § 1º DA 4.717/65 E O ART. 1º, INC.III DA LEI 7.347/85 FRENTE À DICÇÃO CONSTITUCIONAL DO ART. 24, VII E VIII, DA CF /88. UMA INTERPRETAÇÃO

Conclui-se que o legislador, ao mencionar no art. 1º, inc. III, da Lei 7.347/85, que disciplina a Ação Civil Pública, e no art. 1º, § 1º, da Lei nº 4.717, que dispõe sobre a Ação Popular, a expressão *bens e direitos de valor turístico*, o fez levando em consideração o objeto de uma relação tanto material quanto imaterial, alheia ao direito privado, porém existente e palpável, a ponto de situar-se no campo da *utilidade* para toda a coletividade, porquanto juridicamente legislada como bem público de uso comum do povo.

Transpondo essas noções para o âmbito do interesse público, conclui-se que sempre o seu sujeito será toda a coletividade, todo o grupo social, e seu objeto bens, direitos e valores essenciais para a vida em sociedade.¹⁰³

Verifica-se então que, no campo da generalidade, o “interesse público” é o pertinente a toda sociedade, personificada no Estado. É o interesse relativo à preservação permanente dos valores transcendentais dessa sociedade. Não é, assim, o interesse de um só, ou de alguns, de um grupo ou de uma parcela da comunidade; nem mesmo é o interesse só do Estado, enquanto pessoa jurídica empenhada na consecução de seus fins. É o interesse de todos, abrangente e abstrato. E por ser de todos não é de ninguém.¹⁰⁴

No mesmo sentido, a abordagem do Juiz Evaristo dos Santos, transcrita na decisão do Agravo de Instrumento nº 210.386, Tribunal Alçada Civil — SP, publicado na RT 482/143:

Interesse público é sinônimo de interesse geral da sociedade, de interesse do

103 MILARÉ, Édís; NERY Junior, Nelson; FERRAZ, Antonio Augusto de Mello Camargo. **A Ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos**. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 54 e ss.

104 passim SALVADOR, Antonio Raphael Silva; OLIVIEIRA, José Prézia de; SANSEVERINO, Milton et al. O Ministério Público no Processo Civil. **Justitia**, São Paulo, vol. 82, p.281.

Estado enquanto comunidade politicamente organizada, vale dizer, do Estado como expressão suprema da organização ético-jurídica da sociedade. Interesse público é, pois, o interesse geral — impessoal — que a todos concerne diretamente, e não imediatamente só ao Estado, como sujeito de direitos e obrigações voltado para o desempenho das atividades que lhe são peculiares.¹⁰⁵

Em relação à questão em pauta, isto é, o exame do art. 1º, §, inc. II-I, da Lei 4.717/65 e do art. 1º, inc. III, da Lei 7.347/85, frente aos dizeres do art. 24, incisos VII e VIII, da Constituição Federal de 88, primeiramente é preciso destacar que esses dois incisos constitucionais aludem a matérias distintas.

De fato, ao disciplinar as hipóteses de competência legiferante concorrente o legislador constituinte, ao mesmo tempo em que se referiu no art. 24, inc. VIII, da Carta Política a *bens e direitos de valor turístico*, abordou no mesmo art. 24, porém no inc. VII, o tema sobre outra ótica, qual seja incluindo-o na conceituação de *patrimônio*.

Com efeito, eis a dicção constitucional:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

(...)

VII — proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico;

VIII — responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

Almejou o Constituinte disciplinar fenômenos distintos, cabendo então analisar o patrimônio turístico como categoria diferenciada, eis que de significado mais abrangente do que bem ou direito de valor turístico, porquanto os segundos integram a composição do primeiro.

Segundo a doutrina especializada, momento inicial da atividade econômica turística é a existência de atrativos naturais e culturais que despertem interesse de visitação. Esse conjunto de atrações, determinará a incidência do fenômeno turístico, entendido como “*o deslocamento de pessoas para lugares que lhes proporcionem especial atração de beleza, lazer, divertimento, comodi-*

¹⁰⁵ Acórdão prolatado no Agravo de Instrumento nº 210.386 — Pirajuí — 1º Câmara Cível do 1º Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, Relator Juiz Evaristo dos Santos, publicado da RT nº 482, p. 143-145.

dades e repouso”.¹⁰⁶

Portanto, o Constituinte de 88 ao referir-se ao patrimônio turístico, direcionou o comando constitucional à atividade econômica turística, definida como conjunto de serviços estruturais capazes de atrair visitantes.

Eis o dizer doutrinário:

O momento inicial da atividade econômica turística é a existência de atrativos naturais e culturais que despertem interesse de visitação. Compõem o chamado patrimônio turístico. Propiciar essa visitação é a função da estrutura de produção de serviços de transporte, alojamento, alimentação, entretenimento, agenciamento e outros. Adequar a estrutura de produção implica normatizar o padrão de qualidade de seus serviços, a fim de propiciar o incremento do consumo, que realimenta todo o ciclo.¹⁰⁷

Um sentido, portanto, é legislar sobre responsabilização por dano aos bens e direitos de valor turístico, outro é legislar tendo por propósito proteger o patrimônio turístico, (ambos agora admitidos como patrimônio público nos termos do art. 1º § 1º da Lei da Ação Popular e art. 2º da Lei 6.938/81), como conjunto de atrativos para o deslocamento de pessoas, base de importantíssima atividade econômica nacional. Vale dizer, bens ou direitos de valor turístico, que integram a conceituação mais ampla de patrimônio turístico, recebem tratamento constitucional, como categoria de interesse e utilidade de titularidade de toda a coletividade, estipulada a responsabilização legal ante a ameaça ou efetivação do dano que lhe comprometa a fruição coletiva. Já a abordagem constitucional de patrimônio turístico, diz respeito ao elenco legislativo, capaz de protegê-lo, haja vista a incidência de relevante atividade econômica que dele se vale. Assim, a responsabilização pelo dano tem por endereço qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que promova por ação ou omissão, comprometimento da utilidade representada pelo bem de valor turístico, ao passo que a legislação de proteção do patrimônio turístico destina-se a formalizar intervenção estatal restritiva ao pleno exercício de direito individual e do livre exercício de atividade econômica. Em síntese, a legislação protetora do patrimônio turístico representa “uma atuação intervencionista do Estado sobre o domínio econômico setorial. Significa dizer, em outras palavras, que se resume na intervenção estatal sobre o turismo.”¹⁰⁸

106 SILVA, José Afonso da. Direito urbanístico. op.cit. 1995, p. 353.

107 FERRAZ, Joandre Antonio. Regime jurídico... op cit. p.29.

108 id. p. 39.

E sendo assim, essa intervenção se materializará em todos os distintos momentos do ciclo econômico turístico, a iniciar pela disciplina de uso do patrimônio turístico chegando até aos desdobramentos pertinentes ao consumo de bens e serviços produzidos pelo setor.

O dizer doutrinário:

Tratando-se das regras jurídicas disciplinadoras do fenômeno turístico, em face de sua importância nos diversos setores culturais e crescente posição na economia do País, torna-se evidente a efetiva intervenção do Estado, por intermédio das mais variadas normas, desde a *previsão de princípios constitucionais*, implícitos ou expressos, nos mais diversos preceitos legais e regulamentares.¹⁰⁹

Neste particular, o ordenamento de intervenção também implica em restrições ao pleno exercício de determinados direitos individuais, como, por exemplo, as limitações impostas ao proprietário de uma área de interesse turístico, objetivando o uso adequado a essa vocação.

É certo que o modelo clássico de intervenção estatal se materializa através de normas que se inserem no âmbito do direito administrativo, ramo do direito público, que juntamente com outros princípios aborda, alicerça e disciplina o poder de polícia, haja vista a finalidade básica de organizar os espaços urbanos, disciplinando a localização e as condições mínimas para o exercício da atividade econômica, em prol do interesse de todos.

Colhe-se, então, que em sede de intervenção clássica, relativa ao patrimônio turístico, autônomas e distintas serão as metas a ser atingidas quando do exercício do poder de polícia pelos quatro entes que compõem a federação brasileira, porém, sem maiores preocupações com o mercado.

Assim, ao Município caberá o licenciamento para construir e, em regra, a expedição das licenças próprias ao funcionamento do empreendimento; já o exercício desse poder pela unidade da federação estará centrado no controle ambiental, como base e fundamento da correta utilização do conjunto de atrações que formam o patrimônio turístico. No que pertine à União, a par dos registros próprios do comércio, como resultante de norma de direito comercial, compete a atuação licenciante supletiva, também sob a ótica da conservação am-

109 CUSTÓDIO, Helita Barreira . Turismo... op. cit. p. 325.

biental, nos termos do art. 10º “caput”, da Lei 6.938/81.¹¹⁰

110 “Em outras palavras, não há, no exercício do poder de polícia, preocupações com o mercado, com a disciplina da produção ou do consumo, tanto que usualmente no âmbito municipal, competente para licenças de funcionamento. Já o exercício desse poder em âmbito estadual, por exemplo, o de controle ambiental, também não se insere como conjunto de regras voltadas ao planejamento econômico, pois visam assegurar a qualidade de vida da população. Na esfera federal, o registro do comércio é exemplo de exercício de poder de polícia administrativa que resulta de norma de direito comercial”. FERRAZ, Joandre Antonio. Regime jurídico... op. cit. p. 19.

6. REFLEXOS IMEDIATOS NA PROPRIEDADE PÚBLICA E PRIVADA

De início, é necessário promover distinção, na proteção tanto do patrimônio turístico como dos bens e direitos de valor turístico, quanto ao real objetivo dessa proteção, já que o objeto se materializará na coisa. Então, emerge que a proteção se direciona tanto à coisa em si, como em favor de um significado simbólico, representado pelo valor turístico que ela possa representar.

Duas serão as direções: uma relacionada à coisa, enquanto apropriável e objeto de direito de propriedade; outra, como bem imaterial, não-econômico, derivado da inserção da coisa como variável no elenco de bens culturais, formadores de um valor turístico de interesse geral, como por exemplo a harmonia da paisagem.

Inegavelmente, todas as coisas, pelo menos potencialmente, têm esse valor simbólico, admitido como condicionante da propriedade às limitações não só estabelecidas em lei, como também por ela admitidas genericamente, frente ao basilar princípio da preponderância do público sobre o meramente privado.

Não obstante, o Código Civil ao associar o exercício do domínio como corolário do direito de propriedade, consubstanciado basicamente na apropriação da coisa através do pleno uso, obtenção dos frutos e no poder de livre disposição, o faz destacando a noção de utilidade tão-só em relação ao proprietário, acentuando deste modo a questão de sua economia. Assim, exercício útil da propriedade há que ser entendido como exercício útil unicamente ao proprietário, sem que mencione ou defina o Código qualquer medida de intensidade desta utilidade, mesmo porque impossível seria relacionar todas as hipóteses em abstrato.

Nem mesmo o teor do art. 527, do Código Civil, ao estipular que “o domínio presume-se exclusivo e ilimitado e até prova em contrário” representa qualquer parâmetro de limitação, como a princípio deixa transparecer, já que sua leitura vem explicitada pelo conteúdo do artigo 525: “É plena a propriedade, quando todos os seus direitos elementares se acham reunidos no do proprietário; limitada, quando tem ônus real, ou é resolúvel”. Assim, da conjugação dos dois artigos em foco, entende-se por domínio ilimitado a reunião dos elementos de uso, gozo e disposição do titular do domínio. E até prova em contrário, significa

prova mediante averbação no registro imobiliário, nos termos do art. 676, de que a propriedade está limitada com ônus reais ou com resolubilidade de seu domínio.

Ora, a princípio parece claro que o quadro é de total indeterminação, quanto ao limites da utilidade privada do domínio. Ledo engano.

Primeiro, porque tal indeterminação de início sucumbe frente àquelas limitações derivadas do interesse do vizinho, surgindo daí a possibilidade de defesa judicial de bens de valor turístico, mediante demandas entre particulares.

Voltemos ao exemplo do hotel de selva na Amazônia. Teria o empreendedor privado acesso à demanda judicial para garantir o valor turístico imaterial, representado pela integridade da floresta na sua vizinhança, na hipótese de um particular, devidamente licenciado ou não, pretender implantar atividade extrativa de madeira ao seu redor? Por outras palavras, qual o valor turístico de um hotel de selva, sem a selva nas suas cercanias?

O caso hipotético assim descrito, relata, nada mais nada menos, do que dano infecto de ordem puramente civil, de vizinhança, pertinente a mau uso de propriedade material, frente a bem imaterial que lhe sobrepujou, como resultado do atuar humano, a ser discutido na esfera privada, ou em sede de ação popular, frente à eventual autorização ou licença da Administração.

Outro desdobramento extremamente interessante é aquele pertinente ao chamado direito de construir.

Evidente que dentre as utilidades da propriedade, em especial da propriedade urbana, adquire relevo principal o chamado direito de construir, porquanto viabiliza a utilidade econômica da coisa, tanto pelo uso como pela obtenção de frutos. Tamanho é o seu significado, a ponto da enquadrar-se na substância da coisa. E para aquilatar a real dimensão e importância dessa afirmação, basta relembrar a preciosa lição do Conselheiro Lafayette quanto asseverou que *“o Direito que constitui a essência do domínio “é o direito à substância da coisa”. Em torno desse direito vêm, por força própria, se agrupar os direitos elementares do domínio* ¹¹¹

De pronto resplandece que o Código Civil não abordou o direito de construir no capítulo referente à propriedade, fazendo-o na seção relativa aos direitos de vizinhança, nos termos do art. 572 e seguintes.

Diante disso, inclina-se a doutrina pela interpretação de que o direito de construir não decorre como consequência necessária do direito de proprie-

111 . PEREIRA. Lafayette Rodrigues. Direito das coisas. op.cit. p. 84..

dade,¹¹² porquanto os elementos desse direito são o uso, o gozo e o poder de dispor, exercitáveis, como utilidade da propriedade, por outros modos, que não tão-só mediante o direito de construir na maneira proposta pelo titular do domínio.

Vale dizer, é possível exercer o direito de uso ou gozo úteis, sem construção ou com construção limitada em relação à pretensão original do particular, frente à presença de bens de valor turístico, sem que tal óbice represente desfalque ou comprometimento irremediável de quaisquer dos elementos essenciais da propriedade.

E mais, quando a dicção do Código Civil menciona que o “proprietário pode levantar em seu terreno as construções que lhe aprouver, salvo o direito dos vizinhos e os regulamentos administrativos” evidentemente não está a dizer que a conformidade às posturas lhe atribui direito ilimitado, pela singela razão de que as limitações do Direito Administrativo, sempre de interesse público, estarão, também sempre e em todas as hipóteses, subjugadas por princípios e mandamentos constitucionais que lhe são superiores, como o art. 170, ou aquele relativo ao resguardo dos bens de valor turístico, no dizer dos arts. 23 e 24 da Constituição Federal de 1988, insertos no conceito maior de função social da propriedade

A posição tradicional sustenta que o chamado direito de construir é inerente ao direito de propriedade do terreno. Na verdade, essa posição não pode prevalecer com amplitude, conforme deixamos explícito acima, pois, sobre tais normas incidem as normas constitucionais que estabelecem o regime fundamental do direito de propriedade, especialmente o princípio da função social, que impõe novos critérios de compreensão desses dispositivos da lei civil.¹¹³

Neste sentido, o dizer doutrinário:

Os juristas brasileiros, privatistas especialmente, mas também publicistas, concebem o regime jurídico da propriedade privada como subordinada ao direito civil, considerando como direito real fundamental. Olvidam as regras de direito público, especialmente de direito constitucional, que igualmente disciplinam a propriedade. Só invocam as normas constitucionais para lembrar que a constituição garante o direito de propriedade, que, assim se torna, em princípio, intocável, salvo exceções estritamente estabelecidas, e quando mencionam o princípio, também constitucional, da função social, só o fazem para justificar aquelas exceções limitativas, confundindo-o ainda com o poder de polícia, tanto que é corrente ler-se que a função social da propriedade consiste simplesmente no “conjunto de condições que

112 v. CASTRO, Sônia Rabello de. **O estado na preservação de bens culturais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1991, p. 31.

113 SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico ... op. cit.* p. 74.

se impõe ao direito de propriedade a fim de que seu exercício não prejudique o interesse social”, mero conjunto de condições limitativas desse direito.¹¹⁴

Na hipótese vertente, a conflituosidade aparente instala-se em razão da garantia constitucional deferida ao particular, no respeitante à *economicidade* da sua propriedade, e de outro lado, por vezes o interesse dos vizinhos, ora o da coletividade. Claro que se eliminada radicalmente a utilidade econômica, a hipótese não será de limitação, mas de confisco puro e simples, instituto aliás desconhecido, por ilegítimo, em qualquer ordem constitucional democrática e civilizada.

O que importa, na composição desse conflito, é reconhecer a evidência de que inexistente no direito de propriedade um direito particular e portanto absoluto, a construção, já que este pode ser inserido ou retirado da órbita das faculdades do administrado, tanto pelo legislador ordinário, quanto pelos valores e princípios expressos na Constituição, se assim determinar a satisfação dos interesses da coletividade, garantida a economicidade da propriedade por qualquer outro uso ou gozo, que não aquele impugnado ante a prevalência do interesse de todos em relação ao interesse de um só.

Nesse ponto, faz-se necessário mais uma vez invocar a dicção constitucional.

Com efeito, a Constituição Federal de 1988 veio associar o uso de bens ambientais pela coletividade a outra idéia, qual seja, a da “sadia qualidade de vida”, conforme a dicção do art. 225, caput. Essa qualidade não constitui valor acessório, mas segundo o explícito mandamento constitucional, um bem “essencial”. A nova visão constitucional atinge, portanto, não somente os bens ambientais já mencionados na legislação ordinária, como todo e qualquer bem ou recurso ambiental independente de regras posteriores ou menores, explícitas ou não.

Decorre, assim, do art. 225, caput, da Constituição que os bens ambientais não podem ser utilizados, tanto pelo poder público, quanto pelos particulares, de forma a ser impedida a sua fruição coletiva, ou seja, agredida e não promovida a sadia qualidade de vida, com tanta ênfase sublinhada na Carta Magna. Lógico então concluir que esta mesma disciplina constitucional tem aplicação sempre que tais bens encontrarem-se inseridos nas abrangentes categorias constitucionais de patrimônio turístico, bens e direitos de valor turístico ou mesmo como variáveis de formação do patrimônio cultural brasileiro, e especialmente ante a generalidade da expressão “bem de uso comum do povo”.

Há que se promover também, nessa limitação da propriedade, pú-

114 id. p. 63

blica ou privada, a exata distinção quanto ao objeto da proteção, em sede de patrimônio ou bem de valor turístico, sem levar em consideração quem é o titular do domínio, eis que na hipótese é incabível a aplicação da disciplina comum estampada nos arts. 65 e 66, do Código Civil.

Corroborando esta afirmação:

Em outras palavras, a vinculação do bem a um interesse público assume importância muito maior, do ponto vista jurídico, do que a circunstância de ser, ou não, seu proprietário uma entidade estatal. Sua caracterização como de interesse público independe de quem é o titular do domínio. Ao revés, os bens de uso comum do povo integram, por força do que dita o art. 66, do Código Civil, o gênero dos bens públicos, que, por sua vez, são bens cujo domínio necessariamente pertence à União, aos Estados, ou aos Municípios, a teor do que prevê o art. 66 do Código Civil, ou, ainda, como contempla a doutrina, "... Às entidades estatais, autárquicas e paraestatais". [...] O meio ambiente ecologicamente equilibrado é um interesse difuso. Desse modo sua titularidade é de um número indeterminado de pessoas e, conseqüentemente, de nenhuma em caráter exclusivo. Por tal razão, não se presta à apropriação por quem quer que seja. Ninguém pode dele dispor, nem mesmo a própria coletividade[...].¹¹⁵

Com efeito, o alicerce constitucional de proteção está materializado na coisa, porém direcionado a um relevante significado imaterial e simbólico, traduzido pelo valor turístico do sítio no qual a coisa está inserida, significado esse inteiramente diverso do sentido apropriável e objeto do direito de propriedade; em outras palavras, a limitação aqui examinada, diz respeito a bem não econômico, de forte apelo simbólico, que transcende à coisa, porquanto tornou-se de interesse de todos.

115 SAMPAIO, Francisco José Marques. **Meio ambiente no direito brasileiro atual**. Curitiba: Juruá, 1993. p. 27.

CAPÍTULO II — PROPRIEDADE E OS DESDOBRAMENTOS DA SUA FUNÇÃO SOCIAL

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Segundo Pontes de Miranda, “propriedade é tudo que se tem como próprio”.¹¹⁶

A propriedade não se confunde com o direito de propriedade, eis que noções são jurídicas de cunho diverso e causa de graves equívocos doutrinários, como ~~sublinha~~ Rodrigues Alves.¹¹⁷

Tais enganos verificam-se quando bens são havidos como “propriedade” e por “direito ~~de~~ propriedade” também a propriedade.

A propriedade não corresponde ao direito, porquanto nessa expressão “surge como objeto do direito”, já que o efetivamente exercido é o direito sobre a propriedade.¹¹⁸

Sucedo que o direito de propriedade, na sistemática jurídica brasileira, é abordado em duas órbitas, de alcances diferenciados.

Assim, no Direito Publicístico Constitucional, o direito de propriedade abrange todo o direito patrimonial, incluindo o direito de propriedade ou direito de domínio. Já no Direito Privado Civil, ou não-publicístico, o direito de propriedade já não é tão amplo, porquanto o que se tem em mira, o objeto é o direito derivado da incidência de regra jurídica de Direito das Coisas.¹¹⁹

116 PONTES DE MIRANDA, Tratado de Direito Privado, 4 ed. t. XI, São Paulo: Revisa dos Tribunais 1983, p.29.

117 cf. ALVES, Vilson Rodrigues. **Uso nocivo da propriedade**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992. p. 57.

118 ibidem

119 id. p. 59.

Diz a doutrina pátria que “talvez nenhum instituto jurídico brasileiro tenha resistido tanto às transformações quanto o da propriedade. Desde a Constituição do Império do Brasil, que no artigo 179, número 22, garantia a propriedade em toda a sua plenitude, até às limitações da Carta vigente, o princípio vem-se mantendo”.¹²⁰

¹²⁰ VAZ, Isabel. Direito Econômico das propriedades. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 135.

2. DA FUNÇÃO SOCIAL E A PROPRIEDADE NA ORDEM ECONÔMICA

2.1 O RETROSPECTO CONSTITUCIONAL DA QUESTÃO¹²¹

Historicamente, a Constituição outorgada por Dom Pedro I indica, de princípio, forte e abrupta ruptura com a legislação absolutista das ordenações portuguesas, mormente diante da atribuição de novo sentido aos “direitos reais”, eis que deixaram estes de ser atributos da pessoa do Rei, que aliás se confundia com a própria noção de Estado.¹²²

Colocava-se, assim, termo legal à ingerência do Reino de Portugal, frente à recém-instituída nação brasileira, dotada, como reflexo da declaração de independência, de leis próprias, de marcantes conseqüências na utilização do instituto da propriedade, a despeito da permanência do regime monárquico, hereditário, constitucional e representativo, (instaurado pelo art. 3º) e da possibili-

121 cf. GRAU, Eros Roberto. In Enciclopédia... vol. 39, op. cit, p. 26. [...] cumpre salientar ser equívoca a afirmação de que o princípio da função social teria penetrado o direito positivo brasileiro, pioneiramente, de modo expresso, na Constituição de 1967. A Lei n. 5.504, de 30-11-1964, que — ainda no regime da Constituição de 1946, alterada pela Em. Const. n. 10/64 — dispôs sobre o Estatuto da Terra, consagrara já o princípio, a ele fazendo referência em inúmeras disposições: arts. 2º e § 1º; 12; 13; 18, a e c, e 20 III e VI, forneceram insumos à resposta a ser conferida à questão proposta [...].

122 cf. VAZ, Isabel. Direito econômico... op. cit. p. 136-137 — “O Código Filipino, contém no Título XXVI do Livro Segundo, uma relação dos “Direitos Reais”, compreendendo, de acordo com Coelho Sampaio, todos os direitos, faculdades e possessões que pertencem ao Sumo Imperante [...] os que recebeu como Representante da Sociedade em conseqüência do estado imperante, ou, “imediatamente de Deus. [...] Já o preceito do nº 7, do Título XXVI do Livro Segundo das Ordenações que considera direito real “poder o Príncipe tomar os carros, bestas e navios”, “bem como a convicção de lhe pertencerem, por “direito divino” todos os bens “que são próprios da representação da sociedade”, em uma interpretação evolutiva, adquire o sentido de “objeto” do direito de propriedade, ou de relações dela decorrentes.”

dade legal da continuidade no poder, que não desaparecia com a morte do imperador.

Desenvolvia-se, assim, a concepção de Nação, nos moldes franceses “não mais considerada uma instituição subordinada ao Soberano, mas [...] ocupando o primeiro plano de uma hierarquia, na qual se colocariam, em seguida, e nesta ordem, a “Lei” e o “Rei”.¹²³

Verifica-se, ademais, outra hipótese de utilização da propriedade, eis que em um dos pólos dessa relação já não se encontra mais solitário o Estado como expressão máxima de absolutismo da Metrópole, porquanto jurídica e formalmente estava abolido o direito de propriedade detido pelo Reino de Portugal sobre o território do Brasil.

Por outro lado, a Carta de 1824 produziu a integração política da nação brasileira, externamente manifestada pela coesão e agregação dos elementos constituídos pelo território, a população e o poder.

O Estado que assim surgiu passou a ser titular de direitos de propriedade sobre o seu território, reservando-se determinados bens e atribuindo outros aos particulares, mediante garantias e limites certos e determinados, no plano interno pela ordem jurídica recém instituída e no plano externo pelas normas de Direito Internacional.¹²⁴

Nota-se, que a propriedade foi então recepcionada tão-só como expressão e fator de integração interna, sem referência a qualquer espécie de valor social.

E tal tipo de comportamento do Estado não se altera nos primeiros tempos da República, inobstante se possa identificar no texto constitucional de 1891 alguns princípios de política econômica, como a atribuição do Congresso para “animar no país o desenvolvimento das [...] ciências, bem como a imigração, a agricultura, a indústria e o comércio” (art. 35, parágrafo 2º), ou ainda de legislar sobre terras e minas de propriedade da União (art. 34, nº 20).

Ora, com facilidade se depreende que tais normas constitucionais representam somente diretrizes para a política estatal, sem qualquer direcionamento para a integração do cidadão na sociedade, ou como real benefício para a maioria, a ponto de tal disciplina ser considerada somente como “*técnicas destinadas à garantia e à segurança da propriedade para serem exercitadas pelos que já eram os detentores da riqueza, principalmente imobiliária*”.¹²⁵

Não obstante tal quadro constitucional, foi um episódio político que

¹²³ id. p. 137.

¹²⁴ cf. id. p. 139.

¹²⁵ id. p. 143.

assegurou a abertura de novas perspectivas ao cidadão comum, como instrumento de sua valorização e etapa importante no processo de democratização.

Tal instrumento foi o direito de voto, introduzido pela Reforma de 1926 (art. 70 caput e parágrafos 1º e 4º), que além de abolir o voto censitário, baixou o limite de idade do eleitor para 21 anos, excluindo apenas os mendigos, os analfabetos e algumas classes de militares e religiosos.

Lógico que a ampliação do direito de voto não interferiu no regime das propriedades. Serviu, não obstante, para chamar a atenção da classe política, forçando-a a incluir em seus discursos eleitorais a denominada “questão social”, com tanta ênfase mencionada nos “Discursos” de Vargas.

Nesta fase, encontrava-se a sociedade melhor preparada para receber a nova Constituição, promulgada em 16 de julho de 1934.

Isto porque, durante o denominado “governo de fato”, entre 1930 a 1934, se delineou um novo perfil social, tanto urbano quanto rural. De fato, surgia nas grandes cidades, atraído pela multiplicidade de emprego nas indústrias, derivação de novas formas de produção, mas também movido pelo declínio da agricultura, especialmente a cafeeira, esta agravada pela retração dos mercados internacionais, como reflexo da crise de 1929, um novo e importante personagem, representado pelo trabalhador assalariado, com direito ao sufrágio. Então, o direito de voto representou poder no fortalecimento das reivindicações e na “modificação das relações de força entre as classes sociais”.¹²⁶

O tratamento da questão social, então institucionalizada, passou a funcionar como fator de integração de uma grande maioria populacional, frente a uma minoria de proprietários, que também passara a tomar consciência da importância daqueles no processo produtivo de industrialização, funcionando ainda as medidas constitucionais de política econômica como efetivação desta conciliação, incluindo autorizações de intervenção no regime das propriedades, segundo as disposições do título IV, da Constituição de 1934, objetivando a promoção social, destinada a atribuir a todos uma existência digna.¹²⁷

O princípio da função social da propriedade surge, no texto constitucional brasileiro, *incisivamente equacionado*, como é dizer de Grau,¹²⁸ somente em 1967, na dicção do art. 157, III:

126 cf JAGUARIBE, Hélio. “O experimento democrático na história ocidental”, in **Brasil, sociedade democrática**. Rio de Janeiro: José Olympio, 1985 (Coleção Documentos Brasileiros), v. n. 196, p.105.

127 No sentido do texto, VAZ, Isabel. Direito econômico... op. cit. p. 144.

128 GRAU, Eros Roberto. Enciclopédia...v. 39, p. 25.

Art. 157 — A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios:

[...]

III — função social da propriedade;

Sucede que, anteriormente, a Constituição de 1946, justamente no Capítulo “Da ordem econômica e social”, definira, no art. 147, o seguinte:

Art. 147 — O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos.^{129 130}

Paulo Henrique Blasi, em especial face ao preconizado no art. 141 § 16, da Carta de 46, aduziu:

A Constituição de 1946, de conteúdo social mais vigoroso que as demais, incluiu o interesse social, ao lado da necessidade da utilidade pública, como fundamento do direito de desapropriar.[...] Objeto de intenso debate, pelas extraordinárias repercussões no campo econômico-social, a desapropriação por interesse social somente veio a ser regulamentada em 1962, através do Lei nr. 4.132, de 10 de setembro daquele ano. A nova modalidade de desapropriação teve sua fundamentação alicerçada na justa distribuição da propriedade e no condicionamento de seu

129 id

130 Art. 141, § 16 — É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, se assim o exigir o bem público, ficando, todavia, assegurado o direito a indenização ulterior. — Corresponde ao art. 5º, incisos XXII, XXIV e XXV da Constituição Federal de 88.

uso ao bem estar social. ¹³¹

Segundo a afirmação doutrinária, a redação da Constituição 1946 representou que a partir dali:

Compunha-se, [...] a nível constitucional a concepção — explícita no art. 113, § 17, da Constituição de 1934 e no art. 122, n. 14, da Constituição de 1937 — que o exercício do direito de propriedade não poderia ultrapassar determinados limites; tratava-se, nas hipóteses, da contemplação de principiologia de acordo com a qual aquele exercício estava adstrito a limites negativos. ¹³²

Verifica-se, então, que a Constituição de 1967, no acima transcrito art. 157, atribuiu ao princípio da função social da propriedade caráter subsidiário, uma vez que na ordem econômica e social, o princípio fundamental era o da justiça social, estabelecido no “caput” do mesmo dispositivo.

Por sua vez, a Emenda Constitucional n. 1, de 1969, ao tratar da matéria também do capítulo “da Ordem Econômica e Social, assim asseverou:

Art. 160 — A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios:

[...]

III — função social da propriedade.

Colhe-se do transcrito art. 160, que a realização do desenvolvimento nacional e da justiça social, atribuído à ordem econômica, passa a ter por alicerce, entre outros, o princípio de função social da propriedade, não olvidada

131 BLASI, Paulo Henrique. **Da Despropriação e da revesão do bem expropriado**. Florianópolis, Imprensa da Universidade Federal de Santa Catarina, 1967, p. 47-48. Na mesma obra, p. 47: Assim justificou o autor da emenda, Senador FERREIRA DE SOUZA, a desapropriação por interesse social: “que o homem possua como seu, de forma absoluta, aqueles bens necessários à sua vida, à sua profissão, à sua manutenção e à sua família, mesmo os que constituírem economias para o futuro, é perfeitamente lógico, mesmo de Direito Natural. Mas, além dêsse mínimo, ou a propriedade tem uma função social, ou o seu proprietário a explora ou a mantém dando-lhe utilidade, concorrendo para o bem comum, para o enriquecimento geral, ou ela não se justifica. Na hipótese, a Emenda não chega ao extremo de negá-la. Mas, superpondo o bem comum ao bem individual, admite a expropriação das propriedades inúteis, das que poderiam ser cultivadas e não o são, daquelas cujo domínio absoluto, chega a representar um acinte aos outros homens”.

132 GRAU, Eros Roberto, Enciclopédia... op.cit. vol. 39. p. 25.

a dicção conjunta com o arts. 155, § 22 e 161, da mesma Carta de 69, identificando assim um novo modelo à propriedade, como demarcação de seu alcance.¹³³

A nova ordem constitucional foi assim interpretada pela doutrina pátria:

A propriedade como instituto genérico, permanece garantida a nível constitucional, apenas sendo demarcado o âmbito do direito que lhe corresponde pelas disposições indicadas — que naturalmente, são objeto de desenvolvimentos posteriores em lei ordinária. Observe-se, ademais, que, na ordem constitucional o princípio da função social não é contraposto ao direito de propriedade. Pelo contrário, ali se promove a integração entre ambos: deve um ao outro compatibilizar-se; dependendo da intensidade dessa compatibilização surgirá, com relação a esta ou aquela forma de propriedade, o conceito de *propriedade-função social*.¹³⁴ (grifos no original)

Então, da dicção constitucional assim transcrita, colhe-se que o regime jurídico da propriedade passa a ter fundamento, obviamente de reflexos mais intensos e hierarquicamente superiores, frente aos ditames privados do ordenamento civil.

Verificam-se, assim, profundas transformações no regime da propriedade, porquanto da afirmação constitucional em apreço emerge verdadeira desagregação da tradicional conceituação que compreendia em seu conteúdo e alcance os então absolutos direitos de uso, gozo e disposição dos bens, nos termos do art. 524, do Código Civil, agregadas às progressivas limitações representadas pelos arts. 554 a 588 e 591, do mesmo Diploma Civil.

2.2 A ORDEM CONSTITUCIONAL VIGENTE

¹³³ Cf. BLASI, Paulo Henrique. Da desapropriação..., op. cit. p. 17: “A teoria da função social, bastante generalizada entre os autores modernos, parte do pressuposto de que a propriedade, hoje, não mais se caracteriza como direito individual exclusivista, mas exerce função social preponderante. Para CIMBALI, o exercício do direito de propriedade encontra seu título e condições no cumprimento dos deveres que a êle se referem. Isto que sucede em todos os direitos, deve ter lugar com maior razão de ser na propriedade, que é chamada a proporcionar meios de subsistência e de desenvolvimento à coletividade social”.

¹³⁴ id.

O art. 170, da Constituição Federal de 1988, no Título VII, da Ordem Econômica e Financeira, capítulo I, dos Princípios Gerais da Atividade Econômica, preconiza o seguinte:

Art. 170 — A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano, e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios.

- I — soberania nacional;
- II — propriedade privada;
- III — função social da propriedade;
- IV — livre iniciativa;
- V — defesa do consumidor
- VI — defesa do meio ambiente;
- VII — redução das desigualdades regionais e sociais;
- VIII — busca do pleno emprego;
- IX — tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional;

Parágrafo Único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Emerge, então do texto constitucional de 88, a inscrição da propriedade privada e a sua função social como princípios da ordem econômica (incs. II e III).

Destaca a doutrina pátria a evidência de que, embora catalogada como direito individual, não poderá a propriedade privada ser considerada direito individual puro, mormente diante da destinação dos princípios da ordem econô-

mica, qual seja, assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.^{135 136}

Nota-se, em razão da obrigatoriedade do atendimento da função social da propriedade, quer pública ou privada, urbana ou rural, a presença de inseparável e obrigatório requisito, ou seja, o uso racional da propriedade e dos recursos ambientais, tanto naturais quanto culturais, que lhe são integrantes, *“para sua disponibilidade permanente, indispensável à manutenção do equilíbrio ambiental propício à vida em geral, no interesse presente e futuro de todos”*.¹³⁷

Neste sentido, a Constituição Federal de 88, além de reafirmar, ampliou princípios constitucionais anteriormente consagrados (CF/46, art. 147; CF/67, art. 157, III; CF/69, art. 160, III), eis que ao tempo em que garantiu o direito de propriedade (privada e pública), condicionou ao atendimento de sua função social (CF/88, art. 5º XXII e XXIII), mediante a utilização ou o aproveitamento racional da propriedade (urbana e rural) e dos respectivos recursos ambientais (naturais e culturais) que lhe são integrantes, ao bem-estar social e ao interesse de todos (CF/88, art. 182 c/c art. 186, I, II).

Ademais, determinou que a ordem econômica, fundada na livre iniciativa (pública e privada), tem por finalidade assegurar a todos existência digna, devendo observar, dentre outros princípios constitucionais, aqueles da propriedade privada, da função social da propriedade e da defesa do meio ambiente (CF/88, art. 170, II, III, V, VI).

Não obstante, não faltaram, e não faltarão críticas contundentes à disciplina constitucional sob comento.

Ao abordar o Capítulo da Ordem Econômica na Constituição de 88,

¹³⁵ cf. SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 1992, 9º ed., p. 692.

¹³⁶ Rui Barbosa formulou distinção entre direitos e garantias constitucionais nos seguintes termos: “Ora, uma coisa são garantias constitucionais, outra coisa os direitos, de que essas garantias traduzem, em parte, a condição de segurança, política e judicial. Os direitos são aspectos, manifestações da personalidade humana em sua existência subjetiva, ou nas suas situações de relação com a sociedade, ou os indivíduos, que a compõem. As garantias constitucionais, *strictu sensu*, são as solenidades tutelares, de que a lei circunda alguns desses direitos contra os abusos do poder”. BARBOSA, Rui. **República, teoria e prática**. São Paulo: Vozes, 1978, p. 120.

¹³⁷ CUSTÓDIO, Helita Barreira. A Questão constitucional: propriedade, ordem econômica e dano ambiental. Competência concorrente. In **Dano Ambiental, Prevenção, Reparação e Repressão**. Coord. Antonnio Herman V. Benjamin, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, v. 2, p.117.

assim se expressou Ferreira Filho:

A primeira observação que eu faria a esse propósito é que a ordem econômica estabelecida pela atual Constituição é extremamente ambígua. E é exatamente aqui que nós temos os melhores exemplos de como, selecionando princípios, faremos a Constituição dizer uma coisa ou dizer outra. É claro que isto não é a boa regra, mas, na prática forense, isso se faz com frequência. Vejam os senhores que há uma contradição de princípios no texto da Constituição, particularmente, no que concerne à ordem econômica, o que na verdade já provocou grandes controvérsias entre ilustres juristas.¹³⁸

Moreira Neto, formalizou os seguintes comentários, acerca do art. 170, da Constituição:

A redação desse artigo tem o vício típico dos produtos dos grandes colegiados, que em áreas de transigências recíprocas acabam por sacrificar até a lógica. Embora compreensível, sem grande esforço, a linguagem utilizada, o texto baralhou fundamentos com finalidades. [...] No texto do artigo de abertura dos princípios gerais da atividade econômica, deveriam vir os dados teleológicos: quais as finalidades a que visa o Estado ao intervir na ordem econômica. [...] Ora, com exceção da existência digna que está posta no caput como finalidade (o que se assegura), todas as demais finalidades de intervenção aparecem como se fossem “princípios”, nos incisos do art. 170. Está claro que as finalidades estão inspiradas por valores e, por isso, elas contêm princípios, mas nem por isso com eles se confundem.¹³⁹

Rebatendo tais críticas, autores existem, na esteira de Canotilho, que vislumbram na disciplina constitucional do art. 170, os fundamentos de uma democracia econômica e social.¹⁴⁰

Assim, não enxergam qualquer possibilidade de conflito entre os princípios insertos no aludido art. 170, porquanto “*a democracia social é a*

138 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direito constitucional econômico**. [s.l.]: Sarai-va, 1990. p. 80.

139 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Ordem econômica e desenvolvimento na constituição de 1988**. Rio de Janeiro: APEC, 1989, p. 57-58-59.

140 “O princípio da democracia econômica e social contém uma imposição obrigatória dirigida aos órgãos de direção política (legislativo e, executivo), no sentido de desenvolverem uma atividade econômica e social conformadora, transformadora e planificadora das estruturas sócio-econômicas, de forma a evoluir-se para uma sociedade democrática.” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1991, p. 474.

regra básica de interpretação de todos os princípios ali colocados pelo nosso constituinte”¹⁴¹.¹⁴²

Novamente, para alicerçar entendimento de que o princípio da democracia econômica e social figura com destaque na hermenêutica constitucional, o dizer de Canotilho:

Sobretudo nos caso de exercício de poder discricionário e de interpretação de conceitos indeterminados, o princípio da democracia econômica e social constitui uma medida vinculativa do exercício da discricionariedade e uma linha de direção obrigatória na concretização do conceito indeterminado. Neste sentido se fala da interpretação dentro do “espírito” do princípio da democracia econômica e social, e da presunção do exercício do poder discricionário da administração à luz do princípio da socialidade.¹⁴³

Como consequência, e com base nos ensinamentos expendidos, pode-se afirmar que o princípio da propriedade privada, quando invocado por legítimo e constitucional, somente o será na medida em que os usos daí derivados apresentarem conformação com os demais princípios da ordem econômica e social, nomeadamente aquele pertinente à sua função social.¹⁴⁴

A tarefa, árdua aliás, que se apresenta ao intérprete é justamente aquela pertinente à compatibilização dos aludidos princípios enunciados no art. 170, da Constituição Federal de 88, haja vista o cumprimento do princípio da democracia econômica e social, especialmente considerando não haver, na hipótese, princípio hierarquicamente prevalente.

De fato, todos os princípios da ordem econômica situam-se no mesmo nível, em idêntico pé de igualdade, embora possam parecer antagônicos, a exemplo da livre iniciativa, em relação à defesa do meio ambiente.

Colhe-se que a questão afunila quando o tema é a garantia da propriedade, atrelada a sua função social, frente aos primados da livre iniciativa e da defesa do meio ambiente.

Em outras palavras, a questão daí resultante pode perfeitamente ser

141 cf. MUKAI, Toshio. Direito ambiental... op. cit., p. 30.

142 “O princípio da democracia econômica e social é um elemento essencial da interpretação conforme a Constituição. O legislador, a administração e os tribunais terão de considerar o princípio da democracia econômica e social como princípio obrigatório de interpretação para avaliar a conformidade dos atos do poder público com a Constituição.” CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional. op. cit., p. 476.

143 id. p. 476.

144 cf. MUKAI, Toshio. Direito ambiental ... op. cit. p. 30-31.

resumida na indagação feita em tantas lugares e ocasiões, qual seja : como e de que forma e, sobretudo, a custa de quem, compatibilizar o binômio desenvolvimento econômico/crescimento econômico com proteção do meio ambiente?¹⁴⁵

É comum a afirmação de que tal compatibilização é impossível, eis que colocado em primeiro plano a busca do desenvolvimento a qualquer custo.¹⁴⁶

Tal entendimento foi, de certa forma, acolhido expressa e recentemente pelo Superior Tribunal de Justiça, 1º turma ao julgar o REsp. n. 32.222-8 — Pr, por maioria, em 29.5.93, relator Ministro Garcia Vieira, acórdão publicado na R. Sup. Trib. Just., Brasília, a. 5, (48): 111 — 440, agosto 1993, p. 412-427:

“Dar destinação social a uma propriedade não é impedir que o seu proprietário a explore e a faça gerar riquezas, mesmo porque os homens deixariam de habitar a Terra e morreriam de inanição, caso não pudessem cultivar a terra e a eles só fosse permitido extasiarem-se com as belezas de nossa florestas”.¹⁴⁷

O julgado em análise, reverbera preponderância do princípio individual da propriedade na disciplina civil, sobre os ditames constitucionais, além de apontar equivocada prevalência de valores, no princípio pertinente à livre iniciativa, frente àquele da sua função social, marca, aliás, expressiva do Estado libe-

145 “A pretensa impossibilidade de convivência entre desenvolvimento e proteção do meio ambiente, é, em verdade, incompatibilidade entre esta e crescimento econômico”. BENJAMIN, Antonio Herman v. In Dano ambiental, prevenção ... op. cit. p. 12

146 “Importando a consumação de mudanças de ordem não apenas quantitativa, mas também qualitativa, não pode o desenvolvimento ser confundido com a idéia de crescimento. Este, meramente quantitativo, compreende uma parcela da noção de desenvolvimento, deixando de fora, evidentemente, qualquer preocupação com o meio-ambiente.” GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988 (interpretação e crítica)*, São Paulo: RT, 1991, p. 234.

147 A ementa do acórdão em questão diz o seguinte: “Meio Ambiente — Danos — Direito de Propriedade. O direito de instituir parques nacionais, estaduais ou municipais, há de respeitar o direito de propriedade, assegurado na Constituição Federal. Da queda do muro de Berlim e do desmantelamento do império comunista russo sopram ventos liberais em todo o mundo. O Estado todo poderoso e proprietário de todos os bens e que preserva apenas o interesse coletivo, em detrimento dos direitos e interesses individuais, perde a sobrevivência. Recurso provido.

ral.¹⁴⁸

Ora, tais princípios (livre concorrência, livre iniciativa e propriedade individual) não mais representam superioridade hierárquica, porquanto tais liberdades devem ser exercidas, na conformidade com a ordem constitucional, harmonizados com o interesse social.¹⁴⁹

Todavia, à reflexão versando sobre justaposição ou contraposição de princípios constitucionais, não pode escapar a “obrigação de ponderação”, como modo de compatibilização de princípios constitucionais aparentemente antagônicos, especialmente como fiel eliminador da possibilidade de sacrifício integral de um interesse em relação ou em favor de outro.

A ponderação, no caso, deve permanecer no nível da adequação, da harmonização e da justa medida de sacrifícios dos interessados, sem aniquilar as atividades econômicas, de um lado, e sem causar prejuízos à defesa do meio ambiente, de outro. O fio condutor da “obrigação de ponderação” deverá ter, entre nós, esse parâmetro de decisão em face dos eventuais conflitos entre aqueles princípios.¹⁵⁰

Também, ocorrem hipóteses em que a propriedade privada estará vedada, diante da presença de interesses da proteção ambiental não observados pelos interessados, razão que afasta qualquer possibilidade de arbítrio do Poder Público, porquanto invocar aquele princípio como prevalente não alcança respaldo legítimo, nem suporte constitucional.

Assevera a doutrina:

O meio ambiente é considerado bem de uso comum do povo, o que o exclui do rol dos bens que possam ser utilizados economicamente de forma privada, isto é, de serem apropriados, no seu uso, pelo indivíduo particular. O uso do meio ambiente não é bem do Estado nem é bem privado — é bem pertencente a toda a coletivi-

148 [...] a doutrina liberal foi cada vez mais se concentrando na defesa da economia de mercado e da liberdade de iniciativa econômica (bem como da correspondente tutela da propriedade privada), identificando-se com a doutrina econômica que na linguagem política italiana recebeu o nome de liberalismo.[...] Por neoliberalismo se entende hoje, principalmente, uma doutrina econômica conseqüente, da qual o liberalismo político é apenas um modo de realização, nem sempre necessário: ou, em outros termos, uma defesa intransigente da liberdade econômica, da qual a liberdade política é apenas um corolário. BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e democracia** (Liberalismo e Democrazia). 3ª ed. trad. Marco Aurélio Nogueira, São Paulo: Brasiliense, 1990, p. 85-87.

149 cf. MUKAI, Toshio. Direito ambiental op. cit. p. 29.

150 ibidem.

dade, pelo que não pode ser apropriado. É certo que o direito de propriedade atenderá à sua função social — no entanto, no que se refere à proteção de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, ao ser considerado bem de uso comum do povo, como os mares, rios, praças, estradas etc., representa um sério limitador da iniciativa privada que se restringe por atos do Poder Público, mas decorrentes de leis, sentenças ou atos da Administração.¹⁵¹

É oportuno mais uma vez assinalar, que a propriedade, quanto ao seu regime jurídico, tem fundamento na Constituição, que garante o direito, desde que atendida a função social, dicção expressa, extraída do teor do art. 5º, inc. XXII, — *é garantido o direito de propriedade* — e inc. XXIII — *a propriedade atenderá a sua função social*, derivando a lógica e literal interpretação de que a segunda (função social), alicerçará de forma indissociável o exercício do primeiro (o direito).

Note-se que a consequência está apontada no próprio texto constitucional — artigos 182, § 4º, inc. III e 184 —, ao autorizar a desapropriação de propriedades que não cumpram sua função social, tanto rurais quanto urbanas.

Tais anotações constitucionais, por si só, prestam-se à conclusão de que a propriedade não é mais considerado direito individual, como realce do Direito Privado. Não obstante, é oportuno sublinhar outras tantas normas constitucionais, que diretamente interferem com o instituto, mormente ante o caráter de ditames especiais, a exemplo dos arts. 5º, XXIV a XXX, 170, II e III, 176, 177, 178, 182, 183, 184, 185, 186, 191 e 222, da Constituição Federal de 88.

Examinando o tema, ensina José Afonso da Silva:

Esse conjunto de normas constitucionais sobre a propriedade denota que ela não pode mais ser considerada como um direito individual nem como instituição do Direito Privado. Por isso, deveria ser prevista apenas como instituição da ordem econômica, como instituição de relações econômicas, como nas Constituições da Itália (art. 42) e Portugal (art. 62). É verdade que o art. 170 inscreve a propriedade privada e a sua função social como princípios da ordem econômica (incs. II e III). Isso tem importância, porque, então, embora prevista entre os direitos individuais, ela não mais poderá ser considerada puro direito individual, relativizando-se seu conceito e significado, especialmente porque os princípios da ordem econômica são preordenados à vista da realização de seu fim: assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. Se é assim, então a propriedade privada, que, ademais, tem que atender a sua função social, fica vinculada à consecução daquele

151 SLAIBI FILHO, Nagib. **Anotações à Constituição de 1988 — aspectos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 307.

princípio.¹⁵²

Outra questão relevante, é a pertinente às consequências de estar a propriedade abrigada nas normas constitucionais relativas aos direitos individuais, frente à atual desagregação dos esquemas proprietários tradicionais.¹⁵³

Solução do tormentoso tema foi proposta por Pontes de Miranda, ao asseverar que tal tarefa compete às leis, no sentido de regularem elas o exercício, com definição do conteúdo e limites do direito de propriedade.¹⁵⁴

De fato, o teor do art. 5, XXII, apenas garante a instituição da propriedade, restando suscetíveis de mudança por lei seu conteúdo e limites.¹⁵⁵

Tais considerações vêm sendo baralhadas, quando da comum confusão entre função social e limitações de polícia, tanto pela mais respeitável doutrina, quanto por tribunais, especialmente por imprimir ao tema o domínio da atmosfera civilista, deslembrando que às relações de propriedade, nos tempos atuais, estão sujeitas ao Direito Público, com bases e fundamentos em normas constitucionais.¹⁵⁶

Oportuno e consistente o alerta doutrinário:

Em verdade, a Constituição assegura o direito de propriedade, mas não só isso, como assinalamos, pois estabelece também seu regime fundamental, de tal sorte que o Direito Civil não disciplina a propriedade, mas tão-somente as relações civis a ela referentes. Assim, só valem no âmbito das relações civis as disposições do Código Civil que estabelecem as faculdades de usar, gozar e dispor de bens (art. 524) e a plenitude da propriedade (art. 525) o caráter exclusivo e ilimitado (art. 527) etc., assim mesmo com as delimitações e condicionamentos que das normas constitucionais defluem para a estrutura do direito de propriedade em geral.¹⁵⁷

Em síntese, disciplina civilista e as normas insertas no Direito Pri-

152 SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico...* op. cit. p. 244-245.

153 cf. id. p. 245.

154 cf. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967 com a emenda nº1 de 1969**. São Paulo: RT, 1974, t. V, 2 ed. p. 397.

155 cf. SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico...* op. cit. p. 245.

156 “Não prejudicar interesse social” é exigência que se satisfaz com a simples atuação do poder de polícia, que, precisamente, é concebido como mecanismo destinado a condicionar e restringir o uso e gozo de bens (assim, também, da propriedade), atividades e direitos individuais contrários, nocivos ou inconvenientes ao bem-estar social. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 16ª ed. São Paulo: RT, 1991, p. 110.

157 Silva. José Afonso da. *Direito urbanístico...* op. cit. p. 247.

vado sobre a propriedade, atribuem plenitude de seu exercício, oponível entre particulares, desde que respeitadas as delimitações e condicionamentos constitucional sobre a matéria.

Portanto, direito privado subjetivo ou civil, atribuído ao proprietário particular, ainda que situado no pólo ativo de relação jurídica abstrata, é oponível aos demais particulares em caráter ilimitado, porque a eles incumbe respeitar as três faculdades fundamentais, representadas pelo uso, gozo e disposição, nos termos do art. 524, do Código Civil.

Vale dizer, que o regime jurídico da propriedade não é exclusividade do Direito Civil, eis que incidente complexo e abrangente elenco de diretrizes normativas administrativas, urbanísticas, empresariais (comerciais) e civis, tudo sob o fundamento harmônico das normas constitucionais.¹⁵⁸

Com muito mais razão, tal evidência é estendida à propriedade pública — reconhecida na Constituição, nos termos dos arts. 20 e 26 — ; nas hipótese autorizatórias da transferência compulsória de bens privados para a dominialidade pública, mediante desapropriação, ou nos casos de bens naturalmente destinados à apropriação pública, como as vias de circulação, os espaços livres, os terrenos de marinha, praias, rios, lagos, mar territorial, dentre outros tantos, apontados pelos arts. 65/68, do Código Civil.

Não obstante, de muito pertinência e atualidade a observação doutrinária, versando sobre a eficácia da norma relativa à função social da propriedade, ainda sob o regime constitucional anterior:

Tem plena eficácia, porque interfere com a estrutura e o conceito da propriedade, valendo como regra que fundamenta um novo regime jurídico desta, transformando-o numa instituição de Direito Público, especialmente, ainda que nem a doutrina nem a jurisprudência tenham percebido o seu alcance, nem lhe dado aplicação adequada, como se nada tivesse mudado.¹⁵⁹

2.3 A CONCEPÇÃO DO CÓDIGO CIVIL

Aqui releva abrir um parênteses para examinar a instituição da pro-

¹⁵⁸ id. p. 248.

¹⁵⁹ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: RT, 1982, 2 ed. p. 134.

priedade no Código Civil, frente aos valores sociais extremamente conservadores considerados à época de sua elaboração.

As primeiras tentativas de elaboração de um Código Civil para o país datam de 1845, aproximadamente. Assim considerado que a sua entrada em vigor se deu em de janeiro de 1916, colhe-se que o diploma veio à luz quase centenário.¹⁶⁰

Por outro lado, a ótica conservadora atribuída ao instituto da propriedade no Direito Civil pode ser facilmente explicada, frente à natureza do objeto regulado. Isto porque, os bens imóveis, legalmente garantidos, gozavam de valor intrínseco, prescindindo, durante muito tempo, de exploração produtiva, tanto em relação à sua valoração econômica, quanto em relação aos questionamentos de legitimidade da sua titularidade. Nenhum dever se exigia ao proprietário e muito menos se lhes exigiam condicionantes sociais na exploração econômica dos seus domínios.

Ora, o direito posto era criação de uma casta de políticos, representantes dos titulares das fazendas de açúcar e café, ou de latifundiários, e

160 Cf. BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. v. I Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1917, p. 11-58. Entre as tentativas de codificação do Direito Civil, Clóvis cita a iniciativa de Francisco Ignácio de Carvalho Moreira, ao apresentar, em 1845, ao Instituto dos Advogados sua “Memória” intitulada “Da revisão geral de codificação das leis civis e do processo, no Brasil”; a “Consolidação das leis civis”, elaborada por Teixeira de Freitas, em 1858, seguida pelo preparo, atribuído ao mesmo, de um “Projecto de Código Civil, concluído em 1864: a empreitada fora retomada por Nabuco de Araújo, em 1873, falecido antes de terminá-la (1878); Felício dos Santos assume a incumbência em 1891, apresenta os “Apontamentos” sobres as quais uma Comissão criada pelo Governo deveria pronunciar-se e elaborar novo projeto; mas foi dissolvida oficialmente em 1886. Nova comissão, nomeada em 1889, teve seus trabalhos interrompidos com a queda da monarquia a 15 de novembro. Na República, retomada a técnica de trabalhos individuais, Coelho Rodrigues foi escolhido, mas o projeto apresentado em 1893 não foi aceito pelo Governo. Em 1899, a convite do Ministro da Justiça Epiácio Pessoa, Clóvis assume a tarefa de elaborar novo projeto, a que se dedica a partir de 24 de março de 1900, terminado-o em outubro do mesmo ano. A rapidez com que Clóvis se desincumbiu do trabalho foi alvo de duras críticas do Senador Rui Barbosa, segundo o qual dela resultaria “forçosamente” obra “tosca”, indigesta, aleijada”, dizendo ainda faltar ao autor a “ciência da sua língua, vernaculidade, a casta correção no escrever”. Já Inglês de Souza combatia a própria codificação, não vendo nela “nenhuma conveniência pública” para se “pensar em traçar definitivamente, o círculo em que hão de girar as articulações sociais, nas relações de direito privado”. Ouvidas várias comissões e pareceres, o projeto foi à Câmara entre 1901 e 1902; a seguir, ao Senado, onde permaneceu até 1912, recebendo 1.736 emendas e retornando à Câmara. Ultimado o processo de votação, o presidente da Câmara declarou finalmente aprovado o Projeto 168-A, de 1915, Código Civil Brasileiro, sancionado a 1º de janeiro de 1916, publicado no Jornal Oficial do dia 5, sob o nº da Lei 3071

egressos da única camada populacional com acesso à cultura e instrução, eis que representantes do poder econômico. Assim, em sede de Poder Legislativo, atuava uma casta majoritária, preocupada em guarnecer os interesses da classe a que pertencia. Daí o caráter conservador do Código Civil, acentuado por Milton Fernandes, para quem o Diploma Civil brasileiro “já nasceu velho”.¹⁶¹

Compreensível, pois, que as únicas restrições à propriedade mencionadas por Clóvis eram os princípios relativos ao usucapião e à desapropriação por utilidade pública consignados no próprio código e, fora dele, os impostos, as prescrições de higiene, de utilidade e de aformoseamento.¹⁶²

Assim, segundo o dizer doutrinário:

As instituições regidas pelo Código Civil, cuja elaboração tivera início em meados do século passado, visavam, no que tange aos “Bens” e às “Coisas”, a estabelecer, principalmente, as garantias dos tipos de propriedade considerada em seu aspecto estático, ou seja, as grandes propriedades imobiliárias, os créditos e as relações jurídicas deles decorrentes para os seus titulares.¹⁶³

Fábio Konder Comparato estabelece o alcance dessa afirmação, ao sustentar que a “propriedade estática” corresponde ao “domínio eminente”, em contraposição à “propriedade dinâmica” que representa o “domínio útil”, desdobramento do direito feudal que o direito burguês, consubstanciado no Código de Napoleão, cuidara de abolir.¹⁶⁴

Assim, na dicção do renomado autor, a atribuição de um caráter unitário e absoluto à propriedade objetivava a supressão do domínio eminente (propriedade estática), tornando absoluto o domínio útil, ou seja, “a propriedade dinâmica” dos que, efetivamente, cultivavam a terra e possuíam os instrumentos de trabalho.¹⁶⁵

Prossegue o autor, alinhando que o desdobramento dos direitos sobre das coisas em “propriedade estática” e “propriedade dinâmica”, apenas sur-

161 cf. FERNANDES, Milton. **Problemas e limites do dirigismo contratual**. Tese de doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 1969.p. 53-56.

162 cf. BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado**. v. III, Rio de Janeiro, Livraria Francisco Alves, 1917, p. 51-52

163 VAZ, Isabel. *Direito econômico...* op. cit. p. 145.

164 cf. COMPARATO, Fábio Konder. **O poder de controle na sociedade anônima**. Rio de Janeiro: Forense, 1983, 3º ed. p. 98 e ss.

165 id. p. 98.

giu de modo nítido com a civilização industrial e seu ideal de *homo faber*. E por essa razão, concluiu, que “o regime tradicional da propriedade em nossos Códigos, herdados de uma civilização pré-industrial, ainda conserva o seu caráter nitidamente estático.”¹⁶⁶

2.4 MEIO AMBIENTE, FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE E O DIREITO ADMINISTRATIVO

Na disciplina constitucional brasileira está superada a concepção do passado que atribuía à propriedade exclusividade como questão própria do Direito Civil, fundado o raciocínio ante a inviolabilidade do domínio, como garantia constitucional individual, ou seja, o Estado dele não cuidaria, salvo ao disciplinar relações eminentemente privadas.

Tal concepção não resistiu à evolução do Estado, que, em condicionando o uso da propriedade aos reflexos coletivos, materializou limites ao seu exercício, notadamente para assinalar interesses que se contrapunham e superavam aqueles meramente individuais.

O poder de polícia — instituto essencial do Direito Administrativo — representou, de início, o instrumento hábil e marcante da intervenção do Estado na propriedade.

As Constituições, em atenção a uma multiplicidade de fatores, trataram de imprimir marcas concretas de crescimento da intervenção, especialmente para fixar princípios, na ordem econômica e social, capazes de definir o que deve ser a sociedade.

Justiça social, valorização do trabalho, contenção do poder econômico; princípios dispostos a contrariar a própria natureza das relações econômicas ou, em menos, o estágio atual delas. É compreensível que, adotado um modelo de combate ao autoritarismo privado, em que se deveria cercear e dirigir a ação de grupos econômicos privados, se prestigiasse novamente o Estado, única entidade em condições de enfrentar com vantagem o poder econômico.¹⁶⁷

¹⁶⁶ id. p. 99.

¹⁶⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. Função social da propriedade. In **Temas de direito urbanístico**, 1. Coordenadores Adilson de Abreu Dallari e Lúcia Valle Figueiredo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 2.

Inevitavelmente questão de tamanha magnitude e envergadura, culminou por atingir a propriedade, centro do modelo capitalista, como consequência duma nova ordem econômica e social.

Ao surgir, o princípio da função social da propriedade também representou a busca de mescla entre a ordem liberal pura e a ordem socializante, objetivando introduzir na primeira, elementos e ingredientes da segunda.

Dos objetivos fundamentais da inserção do princípio da função social da propriedade na ordem constitucional, surge a inevitável especulação sobre a sua abrangência no campo da legislação ordinária.

Sobre o tema, vale transcrever a opinião doutrinária, quando sublinha e destaca a necessidade de participação do cidadão, em especial ao exercitar seus direitos políticos:

É certo também que a abrangência — sobretudo no universo legislativo — do reflexo do princípio da função social será determinada pelo estágio de exigência da própria sociedade (e este varia no tempo e no espaço), porque a fórmula consagrada na Constituição é suficientemente lata para admitir uma interpretação variada e construtiva.¹⁶⁸

A noção mais tradicional da propriedade é aquela atrelada à idéia de poder do particular, consubstanciado na autônoma liberdade do proprietário, no sentido de determinar o destino do objeto submetido a sua vontade, frente aos dizeres da lei civil, que lhe atribui o direito de usar, gozar e dispor da coisa.

Em decorrência, o direito de propriedade tornou-se a marca máxima da soberania individual e expressão última da autonomia da vontade.

O absolutismo da noção de propriedade pode ser resumida no direito em sentido inverso, ou seja, sendo titular do direito de usar, gozar e dispor livremente da coisa, segundo exclusivamente a sua vontade, também seria o titular do direito de não usar, não gozar e não dispor da coisa, na mesma proporção e intensidade.

Daí a afirmação doutrinária:

Propriedade, liberdade e a concepção civilista de autonomia da vontade eram noções coerentes e talhadas para garantir um modelo econômico e uma consequente necessidade prática: a de proteger o indivíduo contra o excessivo poder do Estado,

168 id.

permitindo-lhe o desempenho, totalmente autônomo, de sua atividade.¹⁶⁹

Releva notar que foi justamente a doutrina administrativa que buscou se opor àquela noção ilimitada de propriedade, quando da formulação dos princípios básicos da atividade estatal, obviamente com as dificuldades apontadas por Cretella Júnior.^{170 171 172}

Neste sentido, sempre atual e oportuna a lição de Cirne Lima, muito especialmente ao assinalar que se liberdade existe na determinação do destino da coisa, tal sentido individual se circunscreverá ao âmbito de uma única relação externa, porém limitada:

O que se denomina “poder” na relação jurídica, tal como geralmente entendida, não é senão a liberdade externa, reconhecida ao sujeito ativo, de determinar autonomamente, pela sua vontade, a sorte do objeto, que lhe está submetido pela dependência da relação jurídica, dentro dos limites dessa mesma relação. Limite-se

169 id.

170 “A passo que o direito administrativo conta apenas com pouco mais de cento e cinquenta anos de vida o direito civil tem atrás de si milenar tradição prática e doutrinária, a partir da época em que os romanos, deixando praticamente de lado o direito público, estruturaram com esmero os institutos do direito privado, a tal ponto que se afirmou com toda propriedade terem sido os juristas de Roma “gigantes do direito privado e pigmeus do direito público”. Dois mil anos de direito civil, cento e cinquenta anos de direito administrativo”! Cretella Júnior, José. *Direito administrativo comparado*. op. cit. p. 53.

171 “O nascimento do direito administrativo ocorreu em Paris, passando-lhe a certidão batismal a Faculdade de Direito daquele importante centro de irradiação da cultura jurídica. [...] Em 1828, a inauguração da primeira cátedra de direito administrativo, na Universidade de Paris, imprime considerável impulso aos estudos de direito público, na França, atraindo esse fato a atenção de juristas e professores de todo o mundo. No ano seguinte, o Barão de Gérando publica as “Institutas do direito administrativo francês”, livro esgotado dentro de pouco tempo, a ponto de seu autor preparar-lhe nova edição “inteiramente refundida e consideravelmente aumentada”, quando a morte o surpreende, ficando a revisão final a cargo dos discípulos Boulatingnier e Blanche. No dia 15 de novembro de 1852, Macarel, Conselheiro de Estado, passa a reger a cátedra, vaga três dias antes com o falecimento do mestre e antecessor Gérando”. id. p. 57.

172 “O Direito Administrativo no Brasil não se atrasou cronologicamente das demais nações. Em 1851 foi criada essa cadeira (De. 608, de 16.8 1851) nos cursos jurídicos existentes, e já em 1857 era editada a primeira obra sistematizada — *Elementos de Direito Administrativo Brasileiro* — de Vicente Pereira do Rego, então professor da Academia de Direito do Recife”. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 17º ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, 1992, p. 44.

ainda a liberdade externa de determinação, reconhecida ao sujeito ativo da relação jurídica, vinculando-o, nessa determinação, a uma finalidade cogente, e a relação se transformará imediatamente, sem alteração, contudo, de seus elementos essenciais. A relação jurídica que se estrutura ao influxo de uma finalidade cogente, chama-se relação de administração.¹⁷³

E conclui o renomado mestre:

*“Na administração o dever e a finalidade são predominantes: no domínio, a vontade”.*¹⁷⁴

Foi propósito dos publicistas, demonstrar que o proprietário, em praticando atos, sempre com base na autonomia da vontade, o faz para atingir propósitos e interesses meramente individuais, ao passo que a Administração, efetiva atos no exercício de um dever (função) e na realização de interesses públicos, previstos em lei.

Assim, a doutrina administrativa, ao realizar um cotejo entre as características do ato administrativo, frente aos atos do Direito Civil, culminou por fixar estes últimos como resultante da autonomia de vontade individual, suporte de interesses da mesma espécie, contrapostos ao ato administrativo, resultante do dever-função do Estado para o atingimento de finalidades públicas.¹⁷⁵

2.5 DO CONCEITO JURÍDICO DE FUNÇÃO

Na formulação do conceito jurídico de função, necessariamente é preciso o exame prévio da etimologia do vocábulo. Conforme José Pablo de la Herrán de las Pozas:

Provém de “fungere”, que significa fazer, cumprir, exercitar, que a sua vez deriva de “finire”, pois que dentro do campo das relações jurídicas, de qualquer classe que elas sejam, a função significará toda a atuação por razão de um fim jurí-

¹⁷³ LIMA, Ruy Cirne, Princípios... op. cit. p. 51.

¹⁷⁴ ibidem

¹⁷⁵ cf. MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Ato administrativo e direitos do Administrado**. São Paulo: RT, 1980, p. 13-14.

dico em sua esfera dupla de privada e pública.¹⁷⁶

Deriva do “latim *“functione”* (m), que se prende à mesma raiz do verbo depoente *“fungor”*, *“eris”*, *“functus sum”*, *“fungi”*, temos a forma portuguesa *função*. O sentido de *“fungi”* é *executar, cumprir, desempenhar*. O sentido de *“functio”* é *execução, cumprimento, desempenho*. Os latinos empregavam o vocábulo na mesma acepção que hoje lhe damos”.¹⁷⁷

A doutrina movimentava-se, assinalando que juridicamente função quer significar atividade, consubstanciada em conjunto de atos, direcionados ao atingimento de um fim, de interesse geral ou de outrem (alheio).

E neste sentido conceitual suplanta e se opõe ao conceito de autonomia de vontade do direito civil.

Santi Romano assim discorre:

As funções (officia, numera) são os poderes que se exercem não por interesse próprio, mas por interesse de outrem ou por um interesse objetivo. Deles se encontra exemplos mesmo no Direito Privado (o pátrio-poder, o ofício de executor testamentário, do tutor, etc.), mas no Direito Público sua figura é predominante.¹⁷⁸

E Antonio H. Benjamin: *“Para nós, enfim, função seria a atividade finalisticamente dirigida à tutela de interesse de outrem, caracterizando-se pela relevância global, homogeneidade de regime e manifestação através de um dever-poder”*.¹⁷⁹

Emerge então, em sentido constitucional, que o princípio da função social da propriedade está impregnado por significação pública, exclusiva do Direito Público, eis que condicionado o poder a uma finalidade. Como assinala a doutrina, *“ não se trata de extinguir a propriedade privada, mas de vinculá-la a interesses outros que não os exclusivos do proprietário*.¹⁸⁰

Ora, a toda evidência, é necessário, então, buscar os elementos de composição do conceito, apanhando-lhe o verdadeiro significado.

176 Apud BENJAMIM, Antonio Herman V. In Dano ambiental, repressão...op. cit. p.26.

177 cf. CRETELLA JÚNIOR, José. **Natureza jurídica da função pública**. São Paulo: Saraiva, 1953, p 17-18.

178 SANTI ROMANO. **Princípios de direito constitucional geral**. Trad. Maria Helena Diniz. São Paulo: RT, 1977, p. 145.

179 BENJAMIN, Antonio Herman V. In Dano ambiental, repressão ... op. cit. p. 28.

180 cf. SUNFELD, Carlos Ari. In Temas.... op. cit. p. 5.

Destacam ilustres publicistas que a essência da noção de função, seja ela pública ou privada, é tripartida em:

- a) *uma atividade;*
- b) *exercida como dever-poder e*
- c) *em favor de terceiros.* 181

Em síntese, segundo o dizer doutrinário até aqui expendido, a atividade, como núcleo da função, será sempre qualificada pela finalidade; o dever-poder, como manifestação da função, deriva de imposição, frente à importância social do bem protegido, finalisticamente em favor de terceiro.

Neste sentido, de condicionamento do poder a uma finalidade, vinculada a outros interesses que não aqueles exclusivos do proprietário, valendo dizer que a ele serão impostos deveres, obviamente obrigatórios, caracterizadores de submissão a objetivos sociais, mediante cerceamentos diferenciados.

Por outro lado, a corrente afirmação de que o direito subjetivo, emergente do poder privado da propriedade é inconciliável com a noção de propriedade-função, é severamente rebatida por Eros Roberto Grau:

Ser titular de um direito subjetivo é estar autorizado pelo ordenamento jurídico a praticar ou não praticar um ato — isto é, a transformar em ato a potência, ou seja, a aptidão para a prática de tal ato. A transformação da faculdade em ato, quando juridicamente autorizada e aí o direito subjetivo — deve ser exercida dentro dos limites da autorização. Daí parecer-me equívoca a afirmação de tal contradição dogmática. Pode o direito, coerentemente, introduzir como elementos integrantes da autorização, a alguém para o exercício de uma faculdade, inúmeros requisitos, inclusive criando obrigações e ônus para o titular do direito. 182

Assim, estando o titular do domínio legitimado a apropriar-se de algo, obrigatoriamente deverá dar cumprimento a interesses sociais que legitimem tal apropriação.

Assim sendo, pode e deve o ordenamento jurídico impor ao proprietário obrigação de fazer consistente na própria utilização da coisa em prol da sociedade. Já se pode perceber, a esta altura, que a propriedade-função implica na superação do dualismo clássico Direito Privado-Direito Público, posto que:

181 BENJAMIN, Antonio Herman v. In Dano ambiental, repressão... op. cit. p. 28-29.

182 GRAU, Eros Roberto. **Elementos de direito econômico**. São Paulo: RT, 1981, p. 119.

a) à relação jurídica de propriedade imprime-se uma finalidade pública e, portanto, cogente;

b) a idéia de autonomia da vontade na utilização da coisa é substituída pela de função.¹⁸³

Consoante o teor das conclusões doutrinárias assim expostas, verifica-se que a função é dirigida não à coisa em si, mas direcionada como obrigação pessoal do proprietário.

Comungando este ponto de vista, Eros Roberto Grau agregou o seguinte :

A fim de que possamos mais fluentemente compreender a idéia de propriedade de função-social, cumpre observar ainda que não é a coisa objeto da propriedade que tem função, mas, sim, o titular da propriedade. Em termos, quem cumpre ou deve cumprir a função social é o proprietário da coisa.¹⁸⁴

183 SUNDFELD, Carlos Ari .In Temas... op. cit. p. 6.

184 GRAU, Eros Roberto. Elementos de direito... op. cit. p. 119.

3. A FUNÇÃO AMBIENTAL DA PROPRIEDADE

3.1 DA PUBLICIZAÇÃO DA PROPRIEDADE

A análise doutrinária até aqui expendida, presta-se à demonstração de um crescente sentido de publicização da propriedade, como resultante de disciplinamento constitucional, em direção a uma desprivatização do instituto, em homenagem a interesses maiores, representados pelo harmônico conviver de princípios estampados na Constituição, em nome da justiça social, com aqueles de abrigo exclusivamente individuais, e consubstanciados no bem-estar geral.

Lógico que afirmação dessa envergadura traduz fonte de intermináveis discussões doutrinárias e judiciais, porquanto permanece o instituto da função social da propriedade, ainda que apoiado pelo *status* de princípio constitucional, marcado por certa dose de indeterminação, eis que a sua real dimensão ainda carece de formulação jurídica adequada, na legislação ordinária.

Com efeito, ao vir á baila o tema em questão, especialmente em sede de restrições ao exercício do direito de propriedade, normal e freqüentemente encara-se a conflituosidade aparente daí derivada, através da vertente exclusivamente privada, isto é, levando-se em consideração somente os ditames do Código Civil, em relação às prerrogativas deferidas ao proprietário. No máximo e com facilidade, consideram-se restrições sob a ótica da vizinhança, em litígios eminentemente privados, isto é quando proprietários se vêem na desconfortável situação fática de não poder exercitar seus poderes absolutos de uso, gozo, fruição e disposição da coisa, ante a nocividade de conduta do seu vizinho, fundado

o direito, via de regra nas teses do abuso do direito, do uso nocivo ou do uso ilegal e do mau uso da propriedade.^{185 186}

Obviamente que isso não é tudo, sob o prisma do bem-estar geral, bem jurídico notoriamente tutelado pelo Estado.

É necessário, para esclarecer o tema, perquirir e conjugar com aquelas restrições privadas as restrições de caráter público, de ordem pública, como variáveis importantes na configuração estrutural do direito de propriedade.

Então, se discussões existem versando sobre a extensão do princípio constitucional da função social da propriedade, tal quadro, teoricamente, não se repete em sede de função ambiental da propriedade, porquanto o princípio expresso no art. 5º, XXII e XXIII, da Constituição Federal de 1988, apresenta-se claramente complementado, através dos mandamentos constitucionais que informam os requisitos da função social, quer em sede urbana, quer em sede rural, descritos nos arts. 182, § 2º, 186, n. I e II, da mesma Carta Política.

Vale a transcrição:

Art. 182 — A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

[...]

§2º — A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressa no plano diretor.

185 cf. ALVES, Vilson Rodrigues. *Uso nocivo...* op. cit p. 329. “Ilegal, diz-se, é o que é contrário lei. O uso nocivo da propriedade, no conceito que se extrai dos arts. 554 e 555 do Código Civil, não é o uso ilegal apenas. [...] Se há lei e essa prevê o que seja uso nocivo da propriedade, impondo a conduta contrária como devida, o uso nocivo da propriedade é ilegal. Se existe lei e essa não prevê o que seja uso nocivo da propriedade, o uso da propriedade que seja nocivo é não-legal. Se não há lei pertinente à espécie que se considere no caso determinado, o uso nocivo da propriedade que se apure é mau uso da propriedade. Se existe lei que tipifique o uso da propriedade como nocivo à vizinhança, o que é hipótese ainda não-versada, não se pode rigorosamente aludir a uso nocivo da propriedade ilegal, e sim, a mau uso da propriedade. Se há lei e essa regra o conteúdo, ou o exercício do conteúdo do uso da propriedade, o uso da propriedade em desacordo com o regramento, nocivo à vizinhança, é ilegal”.

186 id. p. 337. “Abuso do — e não de — direito é abuso no exercício do direito. Não é abuso do conteúdo dele. E o uso abusivo, o exercício abusivo do direito, é fato não ilícito, fato em sentido amplo e ilícito em restrito [...] O abuso do direito é, porque abuso no exercício do direito, exercício lesivo do direito [...]”.

Art. 186 — A função social é cumprida quando a propriedade atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigências estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I — aproveitamento racional e adequado;

II — utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente.

[...]

O princípio da defesa do meio ambiente, estampado como princípio da ordem econômica no art. 170, inc. VI, da Constituição Federal, é aqui repetido como requisito da função social da propriedade.

Ora, o texto da Constituição, assim se referindo, aponta sérias restrições e limitações ao direito de propriedade, consubstanciadas em circunstâncias que importam em gravames a pesar sobre atos e condutas do proprietário.

Assim se manifesta a doutrina:

O texto constitucional ao consagrar o princípio da função social da propriedade, garantindo o direito exclusivo do proprietário sobre o bem, condiciona, contudo, o seu uso, a determinadas circunstâncias, ou seja, os atos do proprietário estão subordinados a certos pressupostos relativos ao modo pelo qual concretamente é exercido o conteúdo desse direito. Essas circunstâncias consubstanciam as restrições ou limitações que gravam o exercício do direito de propriedade.¹⁸⁷

Verifica-se, então, que ao definir os requisitos da função social da propriedade, o legislador constituinte balizou tais condicionantes, remetendo o tema para a legislação ordinária, sede das restrições que configuram a função ambiental da mesma propriedade.

Ora, tanto utilização racional e adequada de recursos naturais, quanto preservação do meio ambiente, natural, artificial ou cultural, em sede urbana ou rural, encontram parâmetros de submissão no âmbito da legislação ordinária, seja no plano diretor, seja nas imposições da Lei 6. 938/81, ou nos termos da Resolução n. 1/86, do Conselho Nacional do Meio Ambiente, ou no Estatuto da Terra.

Não obstante, dissecar a nova categoria da função ambiental da

¹⁸⁷ MAGALHÃES, Maria Luíza Faro. Função social da propriedade e meio-ambiente. In **Dano ambiental, prevenção, reparação e repressão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, v. 2, coord. Antonio Herman V. Benjamin. p. 147-151, p. 149.

propriedade, mostra-se como tarefa complexa e delicada, a ponto de Benjamin formalizar a seguinte afirmação, ao abordar o tema mediante a análise das diversas vertentes que o compõem:

Exatamente por inexistirem estudos sobre a função ambiental, seja no direito nacional, seja no Direito estrangeiro, apresentaremos aqui uma análise preliminar da matéria. Estaremos, ao tratar da função ambiental, navegando por águas ainda não desbravadas, o que, em muito, aumenta o desafio.¹⁸⁸

Aliás, o mesmo autor afirma que, para se chegar à noção de função ambiental, necessariamente é preciso, em preliminar, verificar a dimensão dos conceitos de função estatal e função administrativa.¹⁸⁹

3.2 FUNÇÃO PÚBLICA E FUNÇÃO PRIVADA.

A primeira distinção cabível entre as funções que compõem o enunciado, centra-se na esfera do interesse, porquanto as funções privadas direcionam-se ao interesse privado como objeto, que aliás não pode ser descuidado pela ordem jurídica; de outro lado, a própria destinação da função pública como ofício público de interesse também público, não merece ostentar o marca da diferença entre ambos, porquanto na hipótese o que ocorre não pode ser catalogado como igualdade, tampouco como paridade, mas supremacia de um sobre o outro, mais precisamente do público sobre o privado. Este primeiro critério mostra-se, pois, integralmente insuficiente, como aliás anota a doutrina.:

Não é o interesse público, por certo, o melhor critério para a distinção entre funções públicas e privadas, já que entre o interesse privado e o interesse público jamais pode haver paridade: o que há é supremacia deste sobre aquele. Além disso, as funções privadas, como se sabe, também têm um largo conteúdo público.¹⁹⁰

A outra possibilidade de distinção é aquela voltada para substrato subjetivo da função, representado pela identificação do titular do *munus*, seguin-

188 BENJAMIM, Antonio Herman V. In Dano ambiental, repressão... op. cit. p. 17.

189 ibidem

190 id. p. 34.

do a seguinte lição publicista: “*Designa-se usualmente pelo vocábulo função qualquer atividade exercida por um órgão para a consecução de um fim. Se o fim que tem em vista diz respeito aos interesses de uma coletividade, diz-se pública a função*”.¹⁹¹

A doutrina busca destacar, já que aquela tentativa de diferenciação baseada no conteúdo é insuficiente e esta de localização subjetiva não se submete a rígidos critérios, que a melhor forma de apontar a distinção entre a função pública e a privada é aquela que tem por base o ângulo do obrigado:

Parece que, não sendo possível uma rígida diferenciação substantiva (de conteúdo) entre função pública e função privada, o melhor critério seria o subjetivo. Só que, em vez de se ter em conta o ângulo do beneficiário, o melhor é se buscar o prisma do titular do munus; quando estatal, presente está a função pública; quando privado, presente está a função privada.¹⁹²

Então, objetivando identificar categorias diferenciadas de função pública ou privada, já que ambas também se manifestam mediante formas e conteúdos diferentes, identificados a partir do exercício do Poder Estatal, é necessário examinar o conceito de Estado e de Administração, para extrair precisão conceitual em relação às manifestações funcionais do Estado, frente ao tema do presente estudo, mesmo porque o atuar estatal está submetido a regimes jurídicos distintos.

No exame do Estado, no exercício da noção ampla de função pública, o caminho converge, de início, para o Direito Administrativo, e, por conseguinte, para a noção de função administrativa, razão que impõe rememorar a sempre atual lição de Cirne Lima:

Produz o princípio de utilidade pública a formação do Direito Administrativo, como qualquer acidente do terreno pode causar a formação de um cômoro de areia nas praias do mar. É suficiente que uma saliência mínima enrugue o chão liso. Sobre ela, batidas pelo vento, logo as areias se acumulam e já o acúmulo das primeiras suplanta a saliência primitiva para fazer-lhe as vezes e deter e acumular as novas areias que o vento tange.[...] Forma-se o Direito Administrativo do acúmulo de regras de direito sobre o princípio de utilidade pública. Logo, porém, é suplantado o princípio básico pelas normas jurídicas que já sobre ele se amontoam, relativas ao

191 CRETELLA JÚNIOR, José. **Natureza jurídica da função pública**, São Paulo: Saraiva, 1953, p. 17-18.

192 BENJAMIN, Antonio Herman V. In *Dano ambiental, repressão...* op. cit. p. 34.

Estado, em cuja atividade encontra a utilidade pública, por excelência, o veículo de sua realização.¹⁹³

3.3 DA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA

Embora de reconhecida importância a fixação ou identificação da função administrativa do Estado, como alicerce do Direito Administrativo, definido como “o ramo do direito público que regula a atividade do Estado que se realiza em forma de função administrativa”¹⁹⁴, cabe, antes de isolar-se a sua noção doutrinária, sublinhar-lhe o caráter de atividade alicerçada em lei.

Com efeito, a Administração Pública, entendida em dois sentidos, tanto como pessoa de direito público, e por isso competente para exercer atividade administrativa, ou como a atividade administrativa em si mesma, tanto num sentido como no outro, depende de sua caracterização prévia como atividade.

Daí o seu principal atributo, desde que amparado a atividade em lei. Eis o dizer doutrinário:

Exprime, pois, em direito público, a palavra **administração** noção semelhante à que lhe é conteúdo em direito privado. Traço característico da atividade assim designada é estar vinculada — não a uma vontade livremente determinada, — porém, a um fim alheio à pessoa e aos interesses particulares do agente ou órgão que a exerce. Uma atividade e um fim supõem uma norma que lhes estabeleça, entre ambos, o nexo necessário. Entre uma causa e o fenômeno que lhe é efeito, a lei natural estabelece esse nexo. Entre uma atividade e um fim, somente uma lei prática, no caso, jurídica, o poderá estabelecer. À administração pública, realmente, a lei reconhece fins próprios e eficazmente lhos protege.¹⁹⁵

E outra não é a percepção doutrinária, ao fixar o conceito de função administrativa, a exemplo de Caio Tácito, quando menciona que entende-se por função administrativa “a forma de atividade do Estado que visa criar, modificar ou extinguir situações jurídicas individuais ou a concorrer para a sua formação,

193 LIMA, Ruy Cirne. Princípios ...op. cit. p. 17.

194 Gabino Fraga. apud MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo...op. cit. p. 29.

195 LIMA, Ruy Cirne. Princípios ... op. cit. p. 21.

bem como a realizar atos materiais”.¹⁹⁶

Dada a dimensão que adquire a fixação da noção de função administrativa na forma de atividade, insiste a doutrina publicista em assinalar que o termo, e portanto o conceito, é fragmentável, porquanto realizá-la importa em decompô-la em outras tantas funções.

Com efeito, a Administração não desenvolve apenas atividade mas atividades, sendo portanto correto afirmar que tais atividades consubstanciam-se em funções (e não função) administrativas, figurando dentre elas logicamente a função ambiental.

Tal se explica pelo fato de que o poder estatal, na sua forma de administração, não é exercido por um único órgão. Muito ao contrário, dá-se uma verdadeira pulverização do poder (isto é, de funções) entre diversos órgãos. Estes são identificados ora por seu objeto, ora pelo seu fim, ora pelo seu titular (Presidência da República, p. ex.). Na medida em que o atuar desses órgãos é função, passa o objeto e o fim da atividade não só a lhe qualificar, como, ainda, a qualificar a função, distinguindo-as entre si.¹⁹⁷

Portanto, é lógico e jurídico afirmar-se que dentre as atividades administrativas, exercidas no bojo abrangente da configuração de funções estatais, figura com realce também a função jurídica ambiental, mesmo porque tal preocupação derivou em alterações fundamentais no âmbito do Estado.¹⁹⁸

Assim, do monopólio estatal, quase inercial, em sede de função ambiental, também frente à pressão social, evoluiu-se drasticamente para uma repartição de responsabilidades, mesmo porque a função ambiental não se poderia situar dentre aquelas exclusivamente públicas.

Sob este prisma, o papel destinado ao cidadão, inegavelmente su-planta aquele de mero espectador, mormente diante de posturas triplamente prejudiciais do Estado, a saber: quando (e com que desastrosa frequência!) passiva-

196 TÁCITO, Caio. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 53.

197 Benjamim, Antonio Herman V. In *Dano ambiental*, repressão op. cit. p. 47.

198 “Se é certo que houve uma enorme metamorfose do Estado nos últimos vinte anos, não é menos certo que tal ocorreu como consequência de uma evolução radical do pensamento da sociedade acerca do meio ambiente e do próprio processo de desenvolvimento. Hoje todo o mundo — e também o Brasil — paga um custo extremamente elevado pelos anos de desídia ambiental. A incúria, especialmente a referente ao exercício da função administrativa (embora não nos esqueçamos da decorrente da omissão (sic) no exercício das funções legislativa e jurisdicional), levou o nosso país à situação atual de ecocídio, onde nenhuma das espécies — nem mesmo o homem — ou qualquer outro bem ambiental está a salvo de desaparecer.” BENJAMIM, antonio Herman V. In *Dano ambiental*, represssão op. cit. p. 50.

mente queda-se inerte diante da devastação ambiental; quando ativa descompromissada e negligentemente licencia atividades impactantes ou quando atua positivamente no papel do empreendedor agressor.

Então, se a ordem vigente menciona que a função ambiental não é exclusividade pública, já que seu exercício é outorgado a outros sujeitos, além do estado com exclusividade, também é justo concluir que os deveres serão correspondentes na mesma proporção.

Pensar o contrário, é desconsiderar o expresse mandamento constitucional que acentua essa repartição de responsabilidades, positivado no art. 225, “caput”, da Constituição Federal de 1988:¹⁹⁹

Art. 225 — Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Obviamente que o tema, assim regido pela Constituição Federal de 88, não se apresenta imune à crítica doutrinária, especialmente diante da generalidade do dever estampado no caput do artigo acima transcrito.

3.4 DA APLICABILIDADE IMEDIATA DA DISCIPLINA CONSTITUCIONAL

A observação mais contundente, diz respeito ao campo da aplicabilidade imediata não só do caput do artigo, mas do artigo na sua íntegra, a partir do exame da sua natureza, eis que o conjunto de normas do art. 225, estabelece rol de ações e omissões, a ser acatado tanto pela Administração, quanto pelos particulares.

Assim, doutrinadores há que sublinham e advogam a tese de que, embora catalogados como direito individual, eis que extensão, em relação ao

¹⁹⁹ “Ao contrário da grande maioria das funções legalmente estabelecidas, a função ambiental não é exclusivamente pública. Ou seja, seu exercício é outorgado a outros sujeitos além do Estado. Por conseguinte, o munus ambiental (ou ofício ambiental) manifesta-se pelo comportamento do Estado e/ou do cidadão, agindo este coletiva (associações ambientais, por exemplo) ou isoladamente”. id. p. 50-51.

meio ambiente, dos primados do art. 5º, da Constituição Federal, de aplicação imediata, portanto, segundo o teor do § 1º do mesmo artigo constitucional, normas ali presentes — no art. 225 — ficam na dependência de regramento infraconstitucional.

Nesta esteira de pensamento, Paulo de Bessa Antunes:

Ocorre, porém, que alguns incisos e parágrafos do artigo 225 não demandam posterior regramento infraconstitucional, enquanto que outros necessitam de explicitação em lei específica. Tal situação torna problemática a aplicação imediata e *in totum* do capítulo ambiental de nossa carta política. Ainda que se possa entender que o artigo 225 é uma extensão do artigo 5º, pois, sem dúvida, meio ambiente pode ser entendido como um “direito individual”, logo, nos termos do § 1º do artigo 5º, de aplicação imediata.²⁰⁰

O pensamento de Maria Helena Diniz:

São plenamente eficazes as normas constitucionais que forem idôneas, desde sua entrada em vigor, para disciplinarem as relações jurídicas ou o processo de sua efetivação, por conterem todos os elementos imprescindíveis para que haja a possibilidade da produção imediata dos efeitos previstos, já que, apesar de suscetíveis de emenda, não requerem normação subconstitucional subsequente.²⁰¹

Ora, seguindo esta viseira, a tarefa do intérprete, então, emerge indissociável da investigação pura, na busca da identificação no quadro normativo ordinário, das leis existentes e recepcionadas na harmonia constitucional; das leis recebidas parcialmente e, por fim, daquelas inteiramente revogadas.

Para outra corrente do pensamento jurídico-ambiental, o caput do art. 225 da Constituição Federal de 1988, traduz apenas o acolhimento do *princípio da cooperação*, perfeitamente esclarecido pelo doutrinador português Fernando Alves Correia, ao assinalar que:

“ [...] é um princípio fundamental do procedimento do direito ambiental e expressa a idéia de que para a resolução dos problemas do ambiente deve ser dada especial ênfase à cooperação entre o Estado e a sociedade, através da participação dos diferentes grupos sociais na formulação e execução da política do ambiente [...]”

200 ANTUNES, Paulo de Bessa. **Curso de direito ambiental: doutrina, legislação e jurisprudência**. Rio de Janeiro: Renovar, 2º ed., 1992, p. 79

201 DINIZ, Maria Helena. **Norma constitucional e seus efeitos**. 2 ed. atual., São Paulo: Saraiva, 1992, p. 100.

Significado especial assumem os direitos de participação e de intervenção das associações de defesa do ambiente junto da administração central, regional e local, com vistas à promoção do direito a um ambiente de vida humano, sadio e ecologicamente equilibrado.²⁰²

Esta opinião também é comungada por Toshio Mukai, ao afirmar que *“no Brasil, esse princípio vem contemplado genericamente no art. 225 da Constituição Federal, quando ali se prescreve que se impõe ao Poder Público e à coletividade o dever de defender o meio ambiente e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”*²⁰³

O mesmo doutrinador trata de esclarecer em que hipóteses tal cooperação popular se materializa, consoante os dizeres constitucionais, marcando especialmente que a inobservância do princípio da cooperação determina a inconstitucionalidade da lei, ou ilegalidade de diretrizes, estabelecidas sem a participação popular organizada:

Em nível federal: art. 61, §2^a — A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

Em nível estadual: art. 27, § 4^o — A lei disporá sobre a iniciativa popular no processo legislativo estadual.

Em nível municipal: Art. 29 — A Lei Orgânica, atendidos, dentre outros preceitos, os seguintes:

XII — cooperação das associações representativas no planejamento municipal;

XIII — iniciativa popular de projetos de leis de interesse específico do Município, da cidade ou de bairros, através da manifestação de, pelo menos, cinco por

202 CORREIA, Fernando Alves. **O plano urbanístico e o princípio da igualdade**. Coimbra: Almedina, 1989, p. 80-81.

203 MUKAI, Toshio. Direito ambiental... op. cit. p. 37.

cento do eleitorado.^{204 205}

Note-se que o acolhimento constitucional do princípio da participação representa uma conquista democrática extraordinária, que significa desestatização da função ambiental, lamentavelmente nem sempre compreendida e exercitada a contento, no seu sentido de alicerce do processo decisório, previsto na legislação ordinária deste 1981, quando da edição da Lei 6.938/81, que assim preconiza:

Art. 2º A Política Nacional do Meio Ambiente tem por objetivo a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar, no País, condições ao desenvolvimento sócio-econômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana, atendidos os seguintes princípios:

[...]

X — educação ambiental a todos os níveis de ensino, inclusive a educação da comunidade, objetivando capacitá-la para a *participação ativa na defesa do meio ambiente*. (original sem grifos)²⁰⁶

Relembremos a afirmação de Toshio Mukai, quando diz que será inconstitucional o texto de lei ou ilegal o conteúdo da diretriz ambiental, se editado sem a participação popular.

Tal princípio, quando bem exercitado e compreendido, atinge em cheio a arrogância quase ditatorial das Câmaras Municipais de Vereadores, quando alteram as diretrizes urbanísticas preconizadas no Plano Diretor, tão-só para privilegiar interesses divorciados da vontade popular.

Apenas para concretizar a afirmação, neste particular tópico, a atuação da Câmara de Vereadores de Florianópolis se constitui num funesto e particular exemplo, diante das tantas e tantas alterações de Plano Diretor dos

204 *ibidem*.

205 “Portanto, em todos os Estados e Municípios onde suas Constituições ou Leis Orgânicas contemplarem regras da espécie, concretizando o princípio de participação, será inconstitucional ou ilegal leis ou diretrizes que venham a ser estabelecidas sem a participação das entidades civis ambientalistas. Mesmo em nível federal e mesmo que as Constituições estaduais e Leis Orgânicas não dispuserem sobre o assunto, será de rigor a observância, em matéria ambiental, posto que se trata de princípio fundamental do Direito Ambiental e porque os princípios de Direito Público são cogentes à Administração Pública independentemente de texto expresso de lei, [...]”. *id* p- 37-38.

206 Ver art. 225, § 1º, VI, da Constituição Federal de 1988.

Balneários da Ilha de Santa Catarina formalizadas sem manifestação ou apoio popular, isto porque apenas no período compreendido entre março de 1993 a dezembro de 1996 foram propostas naquela Casa Legislativa mais de oitenta (80) projetos de alteração do Plano Diretor original.²⁰⁷

Assim também pensa Benjamin:

Em resumo, o que é importante lembrar — e aí está o grande avanço dos últimos vinte anos — é que a função ambiental não mais está sob titulação exclusiva do Estado, particularmente dos sujeitos que exercem a função administrativa. É ela estatal e não-estatal. Pode e deve ser exercida pelo Estado, mas também pode e deve ser exercida pelo cidadão ou pelos seus corpos intermediários.²⁰⁸

Eros Roberto Grau, por sua vez, propõe solução radical, calcada na intransferibilidade do poder constituinte.

Segundo o renomado autor, todo o preceito consagrado no texto constitucional é “*diretamente aplicável, vinculando os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário*”.²⁰⁹

Ao sustentar seu ponto de vista, aduz Grau:

Parece-me inconcebível admitir que o texto constitucional, ainda quando sujeito a implementação de um dos seus preceitos à expedição de lei ordinária, tenha transferido função constituinte a Poder Legislativo, que, por omissão, poderia frustrar a eficácia de tal preceito. Há que cuidar, em hipóteses como tais da figura da inconstitucionalidade por omissão.²¹⁰

Ao examinar a questão sob o ângulo da eficácia e da aplicabilidade no art. 225, da Constituição Federal de 88, José Afonso da Silva propõe solução intermediária quando, — sem desprezo à observação de que embora catalogando direito fundamental, normas deste jaez, via de regra e a partir do enun-

²⁰⁷ Informação obtida oficialmente junto ao gabinete do vereador Lázaro Daniel, em março de 1997.

²⁰⁸ BENJAMIN, Antonio Herman V. In Dano ambiental, repressão op. cit. p. 55. Ou no mesmo sentido: “Progresso imensamente maior, contudo, foi a coletividade conquistar a posição de poder dividir com o estado as responsabilidades ambientais. O triunfo do particular foi trazer a si parcela do exercício da função ambiental”. id. p. 51.

²⁰⁹ GRAU, Eros Roberto. **Direito urbano, regiões metropolitanas, solo criado, zoneamento e controle ambiental**. São Paulo: RT, 1983, p. 71.

²¹⁰ ibidem

ciado, tratam de assuntos do direito positivo — , refere possibilidade de atribuir a elas, em sede de direitos democráticos e individuais o que adjetivou de *eficácia contida de aplicação imediata*.²¹¹

Com efeito, para se aferir o conteúdo da função social da propriedade, conjugado à destinação também ambiental da propriedade, necessariamente, o caminho cruza com a eficácia e aplicabilidade do art. 225, da Constituição Federal, — admitido como de eficácia contida e de aplicação imediata — conjugado aos princípios da Ordem Econômica estampados no art. 170 e incisos da mesma Carta Política de 1988.

De fato, o assunto adquire especial relevo quando o tema é liberdades individuais, frente à ordem econômica e social, eis que exaustivos oficiais poderão configurar expropriação indireta.

Paulo Afonso Leme Machado aduz o seguinte: *“As funções social e ambiental da propriedade não visam anular sua função individual. Quando forem inconciliáveis, o Poder Público tem a possibilidade de utilizar a desapropriação. Este instrumento merece ser o último recurso, pois a conciliação dos interesses individuais e ambientais deve ser buscada.*”²¹²

Mukai agrega mais um requisito, quando afirma que o princípio da função social da propriedade *“autoriza restrições à propriedade, desde que adequadas e proporcionais ao fim que as motivou, e limitadas pela intangibilidade do mínimo de esfera de liberdade*”.²¹³

Ora, essas afirmações doutrinárias se prestam para resolver o tormentoso problema, pertinente ao direito individual da propriedade e o direito à indenização, eis que o que se persegue é erradicar a propriedade maléfica às demais e inimiga do interesse social, aqui visto sob o prisma ambiental

211 “A eficácia e aplicabilidade das normas que contêm os direitos fundamentais dependem muito de seu enunciado, pois se trata de assunto que está em função do direito positivo. A constituição é expressa sobre o assunto, quando estatui que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Mas certo é que isso não resolve todas as questões, porque a Constituição mesma faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais, enquadrados dentre os fundamentais. Por regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de eficácia contida e aplicabilidade imediata, enquanto as que definem os direitos econômicos e sociais tendem a sê-lo também na Constituição vigente[...]”. SILVA, José Afonso da. Curso de .. op. cit. p. 165.

212 MACHADO, Paulo Afonso Leme. **Estudos de direito ambiental**. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 129.

213 MUKAI, Toshio. **Administração pública na constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 191.

Preciosa a lição de Paulo Afonso Leme Machado:

Reconhecer que a propriedade também tem uma função social é não tratar a propriedade como um ente isolado na sociedade. Afirmar que a propriedade privada tem uma função social não é transformá-la em vítima da sociedade. Evita-se, assim, a propriedade agressora das outras propriedades — públicas ou privadas — pois “i-nexiste juridicamente apoio para a propriedade que agrida a sociedade, que fira os direitos dos outros cidadãos”.²¹⁴ 215

Emerge então, a certeza da direção correta da afirmação de José Afonso da Silva, quando menciona que a disciplina constitucional pertinente ao meio ambiente representa eficácia contida e aplicação imediata.

De fato, não é nem jurídico nem lógico atribuir indenização àquele que no uso individual da propriedade, tanto do sentido usual privado como no sentido de empreendimento econômico, pretenda transferir à sociedade o elevado custo, representado pelas agressões ambientais.

Não obstante, o catálogo de propriedade maléfica, ou uso maléfico do direito individual da propriedade não pode, por ilegítimo, vir calcado em suposições ou meros anseios particulares. Este último, a disciplina dos direitos de vizinhança, a princípio resolve.

214 MACHADO, Paulo Afonso Leme. Estudos... op. cit. p. 127.

215 O alerta de Édís Milaré : “Essa opção de crescer a qualquer custo, entretanto, levou o brasileiro a uma impiedosa agressão à natureza, que exaurida, começa a cobrar seu preço, numa guerra de saldo desalentador: manchas sinistras de desertificação já aparecem no pampa gaúcho, na região noroeste do Paraná e em vários pontos da Amazônia: o Estado de São Paulo perde, a cada ano, no processo de erosão, 190 milhões de toneladas de terra: a poluição pelas fábricas de Cubatão está abrindo grandes ravinas na Serra do Mar, que grita por socorro e ameaça desabar sobre o pólo petroquímico e os 60 mil habitantes daquela cidade; a proliferação de doenças, como a anencefalia, a leucopenia, a asbestose, a silicose e o saturnismo também não têm sabor de novidade; a intoxicação pelo uso desmedido de agrotóxicos e mercúrio vem constituindo grave problema de saúde pública; rios poluídos, autênticas galerias de esgoto; alimentos contaminados; cidades desumanizadas; campos devastados etc., a demonstrar que, realmente vivemos dias difíceis, em que o homem, como se disse alhures, que tanto correu para ser salvo pela técnica, agora corre para ser salvo da tecnologia”. MILARÉ, Édís, Curadoria de Meio Ambiente. Série: Cadernos Informativos, APMP. São Paulo: APMP, 1988, 432 p. p. 18.

Claro que na argüição de ofensa ao *macrobem*²¹⁶ meio ambiente, bem de uso comum do povo, em todos os seus sentidos, natural, artificial e cultural, deve ser tomado em consideração o elenco normativo existente, e a sua generalidade, mesmo porque impossível seria retratar e descrever no texto da lei, uma por uma, as condutas agressivas em relação ao ambiente. E a generalidade referida deve ser tomada no seu sentido mais amplo, *de necessidade e imodificabilidade*, requisitos esclarecidos magistralmente por Ruy Cirne Lima, em lição que, apesar de longa, merece ser reproduzida:

A lei. Traço distintivo da lei é a generalidade. Deve ser geral o seu conteúdo dispositivo. Assim o querem a Ciência do Direito e a técnica de sua elaboração positiva. Deve ser geral, também a sua aplicação. Assim o querem os princípios da organização democrática. Por linhas paralelas, avançam, destarte, neste terreno, o progresso jurídico e o progresso político. Reúne, demais, a lei tais atributos o da **necessidade**, naqueles casos, em que unicamente a manifestação legislativa é competente para dispor, e o da **imodificabilidade** relativamente às fontes derivadas de elaboração do direito, que não a poderão modificar ou revogar. Ainda estes dois característicos, surgidos da evolução política, encontram correspondência[...] Diz-se que há **necessidade da lei**, naqueles casos em que a Constituição a exige, geralmente como complemento ou garantia de um direito individual. Trata-se de criar impostos? Apenas a lei poderá fazê-lo (art. 141, § 34, Const. Fed.). Cuida-se de instituir monopólio, que retirará à iniciativa comum um de seus campos de atividades? Só a lei poderá instituí-lo (art. 146, Const. Fed.).²¹⁷

Então, denota-se, à larga, que a legislação ordinária federal preenche, de início, a previsão legal reclamada pela doutrina, quanto à eficácia das disposições constitucionais pertinentes ao meio ambiente.

De fato, não é crível supor que a Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981 que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente não preencha e nem ocupe o lugar de complemento infraconstitucional de sua defesa. Igual raciocí-

216 A expressão *macrobem*, como atributo da categoria jurídica *meio ambiente*, foi empregada por Antonio Hermann V. Benjamin, em *Função Ambiental, Dano ambiental...* op. cit. p. 69.

217 LIMA, Ruy Cirne. *Princípios ..* op. cit. p. 37. Obs.: O autor mencionado, ao citar, no texto reproduzido, os artigos 141, § 34 e 146, referia-se à Constituição Federal de 1946. (grifos no original) No mesmo texto complementa Cirne Lima: “ Ainda estes dois característicos, surgidos da evolução política, encontram correspondência no conteúdo jurídico da disposição legislativa: — os princípios universais de justiça, vértice de toda a ordem jurídica, são, semelhantemente, necessários e imutáveis”.

nio em relação ao Código Florestal, e a sua descrição dos espaços de preservação permanente; ao Código de Mineração e a obrigatoriedade de recomposição de áreas degradadas pela lavra; do Código de Águas, impondo a disciplina de Direito Público a este elemento essencial à sobrevivência do próprio homem; à legislação relativa aos agrotóxicos; à proteção do patrimônio cultural brasileiro, enfim a uma torrencial legislação, que somente a sua descrição ocuparia páginas e páginas do presente estudo.

Não bastasse, como não atribuir valor às legislações constitucionais do Estados federados, que reproduziram os valores ambientais expressos na Constituição Federal? E às Leis Orgânicas Municipais e os ordenamentos legais estaduais e municipais, tanto em sede urbanística, quanto em relação ao implemento do Sistema Nacional de Meio Ambiente, descrito na retro citada Lei nº 6.938/81?

Como se constata, ordenamento positivo então é o que não falta, seja ele constitucional ou ordinário, todos vigentes e eficazes.

O que parece ocorrer é falta de definição da medida certa, da exata proporção de emprego de tal ordenamento ambiental.

Tal desiderato, nada mais é do que o justa proporção, que a Constituição de 88 sublinha com tanta ênfase, ao se referir *que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado*.

Assim é que adquire importância a afirmação doutrinária de que função social e ambiental da propriedade é limitá-la à fruição, nos termos fixados em lei, sem prejuízos sociais inconciliáveis. Ora, usar, fruir e dispor da propriedade não significa legitimação do proprietário individual para poluir, comprometer, ou agredir o meio ambiente em qualquer de suas variáveis, seja natural, artificial ou cultural.

Justamente aí reside o papel do intérprete ambiental, qual seja, definir a conduta lesiva concretamente, mesmo porque o Direito não se compraz com suposições abstratas, para em seguida situá-la, como infração legal dentro do ordenamento jurídico-ambiental farto e abrangente, como o visto até aqui.

Evitam-se assim a arrogância e a prepotência estatal, assim como os exageros imotivados dos co-legitimados da tarefa ambiental, eis que defender o meio ambiente não significa defender o interesse de uns poucos, mas sim o interesse de todos.

Nesta linha de raciocínio, é que são alçados em grau de igualdade na Ordem Econômica e Financeira da Constituição Federal os princípios da função social da propriedade, da defesa do meio ambiente e da livre iniciativa econômica, idônea e honesta obviamente, além de ecologicamente legítima. A justaposição e a conjugação dos três princípios em questão, quando bem executadas, servirá de base, senão solitária pelos menos expressiva, ao desenvolvimento

sócio-econômico, mencionado no art. 2º, caput, da Lei nº 6.938/81, como um dos principais objetivos da instituição da Política Nacional de Meio Ambiente, relatada pela diploma legal sob comento.

Tais princípios não são antagônicos, ao contrário, se harmonizam e se completam, eis que ao empreendedor predador está reservado poderoso elenco de sanções ambientais ainda em evolução, e ao empreendedor responsável o caminho do reconhecimento público, mais lucrativo e menos tormentoso do que o primeiro.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho, argumenta com tino e precisão:

—Como reflexo da liberdade humana, a liberdade de iniciativa no campo econômico mereceu acolhida nas encíclicas de caráter social, inclusive nas mais recentes, como a célebre *Mater et Magistra*. Esta, textualmente, afirma, que, no campo econômico, a parte principal compete à iniciativa privada dos cidadãos, quer ajam em particular, quer associados de diferentes maneiras a outros [...] Daí decorre que ao Estado cabe na ordem econômica posição secundária, embora importante, já que sua ação deve reger-se pelo chamado princípio da subsidiariedade e deve ser tal que “não reprima a liberdade de iniciativa particular, mas antes a aumente, para a garantia e proteção dos direitos essenciais de cada indivíduo”²¹⁸.

A doutrina de além-mar, não distoa e frisa idêntica concepção, mediante a lição de Manoel Afonso Vaz, em comentário ao artigo 61 da Constituição Portuguesa, que eleva a liberdade de iniciativa como um dos pilares da ordem econômica:

A inclusão do preceito sobre a iniciativa econômica privada, no âmbito dos direitos econômicos quer significar a consagração da iniciativa econômica privada como direito fundamental dos cidadãos. Poderia, no entanto, dizer-se que o facto de tal preceito estar consignado no título referente aos “direitos e deveres econômicos, sociais e culturais, tipificar tal direito como um direito “social”, “de prestação”, “de quota-parte” o que significaria que o seu conteúdo e realização fica dependente da acção dos órgãos constituídos. Não nos parece, no entanto, totalmente correto este modo de ver as coisas. É certo que o direito à iniciativa econômica privada não é entendido formalmente como um “direito de liberdade”, tal como são entendidos os “direitos e liberdades e garantias pessoais”, os “direitos, liberdades e garantias de participação política” e os “direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores [...] Tal pretende significar que o direito à iniciativa econômica privada não pode hoje ser entendido, à maneira liberal, como um direito “absoluto”, inviolável, de conteú-

218 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de direito constitucional. 19 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1992 p. 309.

do naturalmente determinado, ou seja, como um direito “de defesa” do cidadão perante o poder que não permite limitações à sua esfera de afirmação e realização.²¹⁹

É claro que agressão ambiental não deriva só das condutas do empreendedor econômico, eis que o particular individualmente também a promove.

Sem abordar a questão da erradicação da pobreza, já que discussão dessa envergadura mudaria o rumo do presente trabalho, vale indagar: quem é que não se revolta com o odor fétido dos esgotos lançados diretamente e sem tratamento nas redes de captação e drenagem pluvial, quando não, sem qualquer subterfúgio, diretamente no curso d'água, cujo destino ou é o mar ou os mananciais de captação de água potável? Quem não se sensibiliza ao assistir ao massacre do litoral, do aterramento dos mangues à remoção de dunas, da ocupação predatória da faixa sanitária dos rios com influência de maré, das lagoas, das áreas non aedificandi, dos canais, das encostas? E o patrimônio cultural brasileiro? Qual o destino da memória visual e histórica das cidades? Da harmonia da paisagem? Do direito ao sol e da aeração, na marcha desenfreada de desumanização dos núcleos urbanos? E quem duvida da dimensão da tarefa daqueles que se propõem a resistir e combater tal estado fático, porquanto meio ambiente, “está em conexão com todas as atividades humanas, sendo imune à tentativa de concentrá-lo”?²²⁰

Para sustentar descumprimento de função ambiental da propriedade, urbana ou rural, seja ela do particular individualmente, do empreendedor econômico ou das pessoas jurídicas de direito público interno na posição de titulares de domínios, sem que tal represente dever de indenizar na hipótese dos particulares, a fórmula que a disciplina constitucional anuncia é única, una e indivisível, qual seja, a de identificar, com base na lei ambiental, o grau de *malignidade social* que o uso abusivo concretamente possa representar. Trilhar caminho diverso será sinal de mera intervenção oportunista, diante da aparente indeterminação conceitual da função ambiental da propriedade. E para tanto, necessário o exame da tolerabilidade.

3.5 DO PRINCÍPIO DA TOLERABILIDADE

²¹⁹ VAZ, Manoel Afonso. Direito econômico e a ordem econômica portuguesa. Coimbra: Coimbra ed., 1984, p- 86-87.

²²⁰ BENJAMIN, Antonio Herman V. In Dano ambiental, repressão ...op. cit. p. 54.

De início, convém ressaltar que a aferição da tolerabilidade, vem sendo examinada pela doutrina e pelos Pretórios nacionais, como variável da questão pertinente ao uso nocivo da propriedade, centrado nos embates de vizinhança.

Apenas para exemplificar, o dizer jurisprudencial:

ALTO FALANTE — Pretendida cessação de seu funcionamento em praça pública, por perturbar o sossego e o repouso dos vizinhos — Prova no sentido de ser a exploração da atividade em referência devidamente autorizada pelo poder competente — Prova, ainda, de não serem excessivos os ruídos. Ação improcedente — Embargos rejeitados. Sendo verdade que a lei proíbe o mau uso da propriedade, de modo a evitar dano ao vizinho, não é menor verdade que este deve suportar o incômodo decorrente do uso normal da propriedade do outro. 221

O exame do instituto presta-se perfeitamente ao deslinde de questões ambientais, no que pertine à prefalada malignidade do uso, em relação às noções de função social e ambiental da propriedade.

Assim, relata a doutrina que a verificação de tolerabilidade ou intolerabilidade, em sede de uso nocivo da propriedade, a princípio conceitua altamente antagônicos entre si, se submete concretamente a contingências do meio, entendidas estas como a relativa medida de aferição ordinária, e sobretudo, como parâmetro indicativo de transgressões.²²²

Ora, é justamente o campo fático de onde são extraídas as ditas contingências do meio, sejam elas de que natureza forem, que determinará a medida relativa da tolerância da destinação da propriedade, em relação aos desdobramentos pertinentes às suas funções social e ambiental. Tal afirmação é formalizada, porque em relação ao campo fático de emprego da propriedade, incidirão valores variáveis, segundo o tempo, o lugar, aliados às expectativas e ao espaço-tempo social ou de contexto em que se encontra ela inserida, além do inevitável componente econômico-social.

Nestes aspectos estará concentrada a relatividade dos mecanismos de aferição da tolerabilidade.

Tomemos alguns exemplos concretos tão-só para fixar o tema.

221 TASP- 2º Grupo de Câms. Cíves — Embs. infr. n. 71.554 — Ibitinga — embargantes : Gabriel Haddad e outro — Embargado: Orlando Tossi — J. em 1º.6.65 — Rel. Mim. Campos Gouvêa (designado), ementa publicada na RT v. nº. 376/334 e nº 384/229.

222 cf. ALVES, Vilson Rodrigues. *Uso Nocivo...* op. cit. p. 406.

Ora, sabido é o que representa em termos de harmonia social, diante dos inegáveis desdobramentos comunitários que alcança, a questão relacionada à destinação final dos resíduos sólidos urbanos (lixo), atividade, aliás, altamente terceirizada na administração pública. Via de regra, o reclamo comunitário em relação a tal tema, não diz respeito e nem se direciona à atividade impactante em si, muito menos em relação aos possíveis e razoáveis danos ambientais dela decorrentes. Em primeiro lugar, e acima de todos os outros, concentra-se a reclamação tão-só em termos de proximidade dessas instalações. Clara e objetivamente: ninguém, proprietário urbano ou rural, pessoa física ou jurídica, almeja ser vizinho do aterro sanitário! Destaque-se, ainda, a integral falta de solidariedade daqueles que se livram do problema, representados pela massa de administrados que, aliviados, vêem o problema se instalar em outra comunidade que não a sua. Malgrado todo o inconformismo comunitário próximo, tal destinação do domínio é tolerada, desde que seguidos cuidados ambientais básicos.

Note-se mais do exemplo em pauta.

Claro que o tema irá se concentrar em reflexos situados muito além do conceito de morador, exclusivamente fático, aliás, frente a valores que transcendem o sentido meramente material da atividade. Pense-se, para ilustrar, a situação do vizinho comerciante! Ou do vizinho empreendedor, como o proprietário de um hotel-fazenda, por exemplo!

Imprescindível, então, a verificação, em relação às contingências do meio, da nocividade dos efeitos, não só no plano material, mas também no pertinente àqueles invisíveis que venham a fraturar a destinação funcional, social e ambiental da propriedade

Quando tal malignidade atinge a saúde, a segurança e o sossego da população, facilmente o incômodo é comprovado. Porém, quando os reflexos maléficos são de ordem imaterial, influências incorpóreas, distantes dos meros inconvenientes ordinários, mas igualmente imponderáveis, a comprovação já não se apresenta tão fácil. Maior dificuldade ao intérprete, quando tais circunstâncias imponderáveis, em que pese existentes, não incomodam no sentido vulgar do termo, mas comprometem bens e direitos coletivos de valor exclusivamente intrínsecos, como por exemplo, a harmonia da paisagem, patrimônio igualmente protegido por lei, e expressamente referido como tal na Constituição da República. Ou as manifestações culturais citadas no art. 215, § 1º, da Constituição Federal, como integrantes do patrimônio cultural nacional.

O assunto é tão tormentoso, a ponto de Pontes de Miranda ter afirmado categoricamente que nas relações privadas de propriedade as influências puramente imateriais não estão situadas dentre aquelas que a lei proíbe.²²³

Ora, em sede privada a afirmação é inteiramente procedente. Mas tal discussão afigura-se como inviável quando o tema é função ambiental da propriedade. Aqui, as influências imateriais, quando examinadas com sensatez, transcendem ao mero estorvo da fruição coletiva de certos e determinados bens de uso comum, sendo que a tolerabilidade nesta sede poderá redundar em prejuízos concretos, quase sempre irreparáveis, a bens, valores e direitos ambientais expressivos.

Evidente, que a questão não se resume apenas à diminuição da fruição de vantagens exteriores, mas à análise concreta do atingimento lesivo de bens de uso comum protegidos em lei. Por exemplo, a privação de uma vista panorâmica, há que ser examinada como ato lesivo a um patrimônio maior, tanto em relação ao patrimônio paisagístico que tal possa representar, quanto como lesão irreparável a um sítio de valor cultural e turístico.

Verifica-se, pois, que ao se examinar a tolerabilidade do uso da propriedade, necessariamente deverá ser arredado da análise o elemento meramente accidental, não-essencial, portanto.

Para que este propósito possa ser atingido de forma juridicamente válida, necessita o intérprete de apontar a regra jurídica fraturada, e, logicamente, a sanção respectiva.

Ora, aqui o tema se bifurca. Isto porque, a norma vedatória pura e simples, quando desobedecida determina as correspondentes clandestinidade, ilegalidade e nocividade da conduta, face à intolerabilidade da incursão.

Não obstante, irradiações outras, que não a simples desobediência à norma, merecem exame acurado, na condição de reflexo principal.

Assim, apenas para exemplificar, o uso antiestético da propriedade no entorno de bens tombados como patrimônio histórico, natural ou paisagístico; a destinação anti-higiênica, ou não-econômica, quando inserida em sítio de valor turístico, e tantas outras condutas nocivas e igualmente relevantes no comprometimento de valores ambientais significativos e anotados no ordenamento jurídico.

Nota-se, pois, que na aferição da tolerabilidade, o assunto não se restringe ao eminentemente proibido, causa da ilegalidade flagrante face à desobediência de normas claras, mas, sobretudo, pesa a verificação de irradiações relevantes e imateriais, igualmente nocivas a patrimônios comuns de uso de to-

²²³ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Tratado das ações*. São Paulo: RT, 2º ed. 1974, v. V, p. 274.

dos.

Têm pertinência, assim, todas as formas de lesividade, como condição necessária para a aferição do dano real ou sua iminência, seja em relação às premissas de segurança material, sossego e saúde de todos, quanto ao desfrute irrestrito de patrimônios, bens e direitos que a ordem jurídica prestigia e protege sob o mesmo catálogo de bem de uso de todos, sem que tal conclusão importe no dever de indenizar.

Por outro lado, as aludidas contingências do meio, traduzem a categoria que a doutrina privada, especialmente na composição dos conflitos e vizinhança, denomina *uso necessário*.²²⁴

Em primeiro lugar, vale sublinhar que não se cogita aqui de mero conceito de direito de vizinhança, cujas pretensões e ações, quando cabíveis, são deduzidas em sede privada, já que perturbações dessa ordem vêm expressamente vedadas em ordenamento jurídico próprio.

A questão, justamente é situar e conjugar um uso necessário e conseqüentemente obrigatório e não-nocivo, como decorrência de normas jurídicas possíveis, viáveis e razoáveis, e também garantidoras da manutenção do uso pelo particular, titular do domínio.

Isto será possível atingir, mediante detida apreciação das circunstâncias do meio, fatos portanto. Nesta análise a intenção do titular da propriedade não se incluiu, assim como inexistente faculdade de arbítrio deferida ao intérprete. Ou seja, no exame não há espaço para qualquer subjetividade.

O que norteia a premissa é justamente o encontro da preponderância tolerada, como alicerce do uso necessário, e por conseqüência obrigatório.

Ora, em qualquer análise responsável, tanto função social, quanto função ambiental da propriedade deverão ser preponderâncias a serem observadas, como categorias, inclusive constitucionais, de valor superior a questões fácticas exclusivamente.

O que se busca consagrar assim, é a abstração de casuísmos ou danos hipotéticos indemonstrados.

Mesmo porque, é inócua qualquer tentativa de fixar em lei as circunstâncias de meio, porquanto a lei não pode ser assim entendida (como circunstância de meio), surgindo esta (a lei) como “consagração técnico-legislativa delas”, isto é, admitido o texto da lei como elemento revelador dessas contingências relevantes, levadas em consideração no momento da sua elaboração.²²⁵

Por isso, legal e casuisticamente a lei refere, num ou noutro texto,

²²⁴ cf. ALVES, Vilson Rodrigues. *Uso Nocivo...* op. cit. p. 374.

²²⁵ id. p. 396.

hipóteses fáticas de fratura à função social e ambiental da propriedade, sem contudo atingir a exaustão, por absoluta impossibilidade real de alcançá-la.

Com efeito, é na regra jurídica limitativa concreta que em primeiro lugar se delimitarão o domínio do proprietário e as irradiações que do seu exercício devam ser toleradas.²²⁶

E é do texto das leis, em especial aquelas de Direito Administrativo, que os deveres de tolerância resultam em preceitos de Direito Público, cogentes, portanto, e corriqueiramente enumerados, como hipóteses não exaustivas.²²⁷

Por outro lado, tamanha é a influência das circunstâncias de fato como suporte da edição de leis, aqui falando-se em normas de Direito Público, que autores defendem a possibilidade, em sede de cogência e diante da falta de regramento específico, de utilização por um município de regras jurídicas de outro, se presentes no caso concreto similitudes capazes de torná-las adaptáveis.²²⁸

Outro caminho a ser seguido no atingimento da correta definição de circunstância de meio levada em consideração pelo direito posto, é aquele representado pelas noções de competências constitucionais legiferantes em matéria ambiental, já que tanto União, quanto Estados federados, Municípios e Distrito Federal, podem prover guarda dos valores ambientais, sem possibilidade de conflito, eis que nada obsta incidência conjunta, ou coincidência, de normas jurídicas editadas por diferentes entes da Federação.²²⁹

226 *ibidem*.

227 Ao examinar o tema em sede privada de vizinhança, sobretudo para ressaltar que o conteúdo indicativo das leis administrativas não ostenta preponderância apriorísticas abstratas, assim manifesta-se a doutrina nacional: “Com profundidade, não há apriorismo, pois a lei fora editada a partir da observação dos fatos, que, relevantes para o direito, se apresentaram como espécies concretas de uso nocivo da propriedade a se evitarem, no futuro”. *id.* p. 397, nota de rodapé nº 157.

228 “Por outro lado, a exemplo do que se afirmou relativamente ao “uso local”, nada obsta a que se apliquem regras jurídicas de outra localidade, inexistentes na que se considera, se entre uma e outra há semelhança de modo a torná-las adaptáveis. Assim, à falta de leis para uma cidade sobre zoneamento e ruídos urbanos, é possível a aplicação de critérios previstos para outras cidades, relativamente ao que se considera uso da propriedade”. *id.* p. 397.

229 Neste sentido: “O interesse público, por exemplo regional, pressupõe o interesse local, de regra. Por isso mesmo, nada obsta a que, considerada determinada localidade, se verifique a co-incidência de regras jurídicas editadas por mais de uma pessoa jurídica de direito público interno. Pode, pois, ocorrer incidência conjunta de regras jurídicas federais, estaduais e municipais sobre determinado suporte fático de uso da propriedade, pública ou privada”. *id.* p. 402.

Entretanto, a afirmação deve ser adotada em termos, porque na hipótese de conflito devem ser ressalvadas a espécie da inconstitucionalidade, e ainda as hipótese de normas especiais, de competência privativa e exclusiva da União, apontadas no art. 22 da Constituição Federal de 1988. Abstraídas estas variáveis, a doutrina, com frequência vem apontando a solução.

Assim, Alaôr Caffé Alves menciona que entre regras jurídicas editadas por diferentes pessoas jurídicas de Direito Público interno, a solução será a aplicação da norma mais limitadora, levando-se em consideração a sua razão de ser, haja vista que a eficácia da regra mais benevolente ou menos limitativa, estará assim absorvida.²³⁰

Mukai advoga a mesma solução:

Portanto, a distinção básica entre competência comum e a concorrente está em que, na primeira, as normas que não forem conflitantes convivem sob o manto do princípio da territorialidade, posto que aqui, segundo limites próprios dados pela predominância dos interesses dos diversos entes políticos, eles podem atuar e legislar indistintamente; em havendo conflitos entre as legislações deve predominar aquela mais restritiva (desde que cada uma se atenha ao campo próprio de seus interesses predominantes) já que, no caso, visa-se à satisfação do interesse público.²³¹

Leonardo Greco, anota ainda que, fora as competências privativas da União, a proteção do meio ambiente é, ao mesmo tempo, matéria de competência concorrente e de competência comum.²³²

230 cf. ALVES, Alaôr Caffé. “O uso do solo metropolitano”: disciplinamento e controle — conflitos de competência “. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo Dez/77, nº 11, p.327-349. p. 343-344.

231 MUKAI, Toshio. Direito Ambiental.... op. cit. p. 20.

232 “A competência comum é geral, em relação à competência privativa da União, o que significa que no conflito de competências comum e privativa da União, esta, como *lex specialis*, prevalece sobre aquela. Mas entre a competência comum e a competência concorrente não há precedência, as duas são gerais e paralelas: enquanto a competência concorrente é substancialmente legislativa, a competência comum é substancialmente administrativa. Observe-se que a proteção do meio ambiente é, ao mesmo tempo, matéria da competência concorrente (art. 24, inc. VI) e matéria de competência comum, (art. 23, inc. VI).” GRECO, Leonardo. **Competências Constitucionais em Matéria Ambiental**. RT- 687, jan. 93, p- 23- 33, p. 29.

4. DIREITO AMBIENTAL E FUNÇÃO TURÍSTICA DA PROPRIEDADE

4.1 ATIVIDADE TURÍSTICA, PRESERVAÇÃO E URBANISMO

José Afonso da Silva, situa o interesse turístico como um momento decisivo da atividade urbanística, sobretudo destacando que a atuação se dará em duas vertentes aparentemente antagônicas, isto é, tanto em relação à preservação do meio ambiente natural e cultural, (e obviamente também do meio ambiente artificial), quanto àquela dirigida e incidente sobre áreas deterioradas e envelhecidas.²³³

A observação do mestre paulista ostenta grande pertinência. Porém, é necessário, ao destacar o tema e em complemento, discorrer sobre a relevância da atividade turística e de seus reflexos na propriedade, seja ela pública

233 SILVA, José Afonso da . Direito Urbanístico... op. cit. p. 27. “Mas é também um momento da atividade urbanística a preservação do meio ambiente natural e cultural, assegurando, de um lado, condições de vida respirável e, de outro, a sobrevivência de legados históricos, artísticos e a salvaguarda de belezas naturais para desfrute e deleite do homem. Ao inverso, em certos casos, a ação urbanística incide em áreas envelhecidas e deterioradas, buscando renová-las com o mesmo objetivo de criar condições para o desenvolvimento das funções elementares: habitar, trabalhar, recrear e circular. Tratar-se-á então de ordenação urbanística de área de interesse especial (interesse urbanístico especial, interesse ambiental, interesse histórico-cultural, interesse turístico etc.)”.

ou privada.

Neste sentido, a transcrição de alguns dados estatísticos é fundamental, sobretudo para assinalar o incrível incremento dessa atividade em nível mundial. Assim, foram 25 milhões de viajantes em 1945, número altamente expressivo, levando-se em consideração tratar-se do último ano da II Guerra Mundial; tal número atingiu 240 milhões em 1977 e segundo a Organização Mundial de Turismo (OMT) foram 390 milhões em 1980, que contabilizaram para o setor a cifra de US\$ 195 bilhões de dólares.²³⁴

Daí também a inteira procedência do comentário de Dória Júnior:

O turismo é a atividade que que mais cresce no mundo contemporâneo. Sua taxa de crescimento anual é de 4%. De acordo com a OMT, antes do final deste século o turismo será a principal atividade de exportação, transferência de divisas e geração de empregos em todo o planeta.²³⁵

Muito embora a retumbância dos números e da pertinência das afirmações citadas, o certo é que o Brasil, figura no concerto internacional como o detentor de frações desprezíveis desse importante mercado, fonte inesgotável de geração de riquezas e bem-estar geral, porquanto participa na proporção de apenas 1% (um por cento) do movimento internacional.²³⁶

Ao dado desalentador, a despeito da inegável potencialidade turística brasileira, podem ser agregados outros tantos, como a imagem desfavorável ante a insegurança urbana e a falta de saneamento, notória no país inteiro.²³⁷

Outro aspecto relevante nesta problemática é questão relativa ao estímulo ao turismo interno, na medida de sua potencialidade, até mesmo como prioridade frente ao internacional.

Do debate técnico especializado sobre os destinos do turismo no

234 Apud PELLEGRINI FILHO, Américo. **Ecologia, cultura e turismo**. Campinas: Papirus, 1993 (Coleção Turismo), p. 134, referindo dado extraído de Tese de Livre Docência “Interdependência Estrutural da Atividade Turística”. BACAL, Sarah, São Paulo: ECA-USP, 1987, inédita.

235 DÓRIA JÚNIOR, João. **O turismo brasileiro precisa de um choque elétrico**. *Brasilturis Jornal* 9 (213) 2º quinz., agosto de 1990.

236 cf. PELLEGRINI FILHO, Américo. *Ecologia, cultura...* op. cit. p. 135.

237 Apud PELLEGRINI FILHO, Américo. op. cit. p. 135, em nota de rodapé nº 5 : Entre 1989 e 1990, houve queda de 40% do movimento turístico do Rio de Janeiro, atribuído à violência urbana. Fonte: “Rio-92, segurança custará US\$ 11 milhões”, *O Globo*, 19.6.1991.

país, sobressai que uma das prioridades está centrada na preservação dos recursos turísticos naturais e culturais.

Por outro lado, observam os estudiosos na atualidade uma clara e equivocada tendência de se considerar digno e apto para a preservação apenas os artefatos antigos, desde objetos até conjuntos representativos, desprezando-se neste processo as facetas atuais, de valor simbólico no contexto sócio-cultural em que ocorrem, registrados inclusive como bens patrimoniais.²³⁸

O equívoco centra-se no abandono da idéia de que a produção atual constituirá o patrimônio cultural futuro, eis que este não surge como valor social a preservar de uma hora para outra, mas sim representa o produto da continuidade. Tal evidência foi anotada: *“O conceito de patrimônio cultural, que tradicionalmente nos remete ao passado histórico, esquece, por vezes, que nossa produção presente constituirá o patrimônio cultural das futuras gerações. É importante reconhecer o caráter de continuidade dessa produção dentro do processo histórico de desenvolvimento”*.²³⁹

Outro fator altamente complicador na escala de empobrecimento do patrimônio cultural brasileiro é a inegável tendência oficial de favorecimento *ao novo, à novidade*, induzindo constante renovação, em nome de interesses imobiliários exclusivos e privados, derivados da especulação pura, simples e oficial, de resultados desastrosos, normalmente com o comprometimento até da identidade local.

Tamanha especulação, vem atropelando impunemente a memória brasileira, em especial impondo o “inchaço” irracional das áreas urbanas e dilapidando traços culturais fundamentais na composição do patrimônio turístico. Ilustre-se neste vértice o exemplo da Capital Federal, e a anotação de José Aparecido de Oliveira, destacando a honraria por ocasião da inscrição de Brasília no Patrimônio Cultural de Humanidade:

Pela primeira vez, um bem contemporâneo entrou na galeria dos monumentos universais; [...] e que essa honraria constituiu “vitória sobre os forças insufladoras da especulação imobiliária, que tentam solapar, há anos, os alicerces da capital, forçando a elevação dos gabaritos e deformações no projeto de original de Lúcio Costa, nos palácios de Oscar Niemeyer e no paisagismo de Burle Marx”.²⁴⁰

²³⁸ id p. 92.

²³⁹ In Inventário dos Bens Culturais do Município de Magé. Rio de Janeiro, Gov. do Estado, 1984, p. 11.

²⁴⁰ cf. OLIVEIRA, José Aparecido de. **Brasília, Patrimônio Universal**, Folha de São Paulo, São Paulo, 8.12. 1987.

O exemplo é significativo. Porém fica no ar a seguinte indagação: não mereceria idêntica ou maior a indignação quando a especulação atinge não a paisagem derivada da genialidade de Burle Marx, mas a dádiva da natureza, como a incomparável Lagoa da Conceição em Florianópolis? Não os projetos e palácios de Lúcio Costa e Niemeyer, mas as paisagens simples que denotam mais de que uma época, mas um estilo de vida de qualidade indiscutível, como o notável acervo do Ribeirão da Ilha, também na capital catarinense?

Algo está errado.

Não é apenas a idéia de regime especial da propriedade que representa preservação, porquanto não está ela (a propriedade) inserida como variável isolada e subalterna em relação ao público e absoluta e inatacável no pertinente ao privado. Não. O bem patrimonial deve ser encarado como integrante do quadro econômico-financeiro local, regional e nacional, de uso efetivo, porém integrado a valores outros, de fruição coletiva e constitucionalmente admitidos. E aqui o interesse, o valor e direito turístico ingressam diretamente, como valorização coletiva local, de reflexos imediatos na qualidade de vida do nativo e fonte de especial circulação de riquezas.

Tomemos o exemplo do Pelourinho em Salvador, área aliás considerada formalmente “Patrimônio da Humanidade”. O Parque Histórico do Pelourinho estende-se por 750 mil metros quadrados aproximadamente, e compreende algo em torno de 1000 (mil) imóveis dos séculos XVII e XVIII.

Em que pese a incontestável referência à identidade nacional ali existente, a revitalização do local apenas se deu a partir de 1980, marcada por dado significativo, já que os imóveis haviam se deteriorado justamente porque seus proprietários se mudaram, em busca de melhor qualidade de vida, existente em áreas mais nobres da cidade. Isolados, os imóveis, então insalubres, deteriorados e desconfortáveis pouco representavam para seus proprietários. Agora, com a revitalização, o conjunto foi posto à disposição da sociedade, como utilidade muito expressiva à comunidade do local. Todos indistintamente obtiveram tão-só vantagens com tal postura. O Brasil, a Bahia, Salvador, os moradores do bairro Pelourinho, sem que quaisquer dos atributos da propriedade tenham sido sacrificados. Ao contrário. Ademais, a notoriedade mundial adquirida com o reconhecimento como Patrimônio da Humanidade a todos favoreceu, inclusive a propriedade.

Claro que este é um exemplo grandioso. Não obstante, em pequenas proporções, os efeitos serão os mesmos, e não na medida desta pequena proporção.

Não seria demais alinhar casos simples, porque realmente o são, inteiramente desconsiderados, em razão de uma ultrapassada idéia de poder abso-

luto do domínio, privado ou público, ou face a busca do lucro fácil, como as paisagens naturais, históricas, ou aprazíveis, qualidade de vida enfim.

Não parece figurar entre as preocupações sejam oficiais, privadas ou jurídicas que tais bens, embora aparentemente destituídos de valor de mercado, sirva para marcar a valia ou a menor-valia da propriedade.

Por outro lado, a despeito de Ecologia e Economia ostentarem o mesmo radical grego — *oikos* = *eco* = *casa, hábitat*, os ecologistas falam em valor de uso, os economistas em valor de troca, e os juristas em valor abstrato da norma privada, todos, raras as exceções, desconsiderando a evidência que a preservação natural e cultural não favorece ao turismo exclusivamente, mas, em primeiro lugar, a própria coletividade.

Assim, exageros à parte, colhe-se que a devastação notória do meio ambiente natural e o comprometimento muitas vezes irreversível do patrimônio ecológico, histórico, artístico, turístico enfim, provocou alterações consideráveis, tanto em relação à visão de desenvolvimento, quanto no próprio Direito.

Cita a doutrina duas fraturas visíveis.²⁴¹

A primeira, diz respeito à demonstração da falsidade da premissa que pregava que defesa do meio ambiente é incompatível com desenvolvimento, aferido pelo aumento da renda per capita. Ora, especialmente no correr da década de 80, esmerou-se a doutrina em demonstrar que a relação entre economia e meio ambiente não tem, necessariamente, que ser antagônica ou conflitiva.

O segundo rompimento, diretamente relacionado com o primeiro, diz respeito a desmistificação da idéia de desenvolvimento confundida com crescimento econômico, eis que este, no dizer de Eros Roberto Grau, “*meramente quantitativo, compreende uma parcela da noção de desenvolvimento, deixando de fora, evidentemente qualquer preocupação com o meio ambiente*”.²⁴²

Tais rompimentos, conduziram às atualíssimas noções de ecodesenvolvimento ou desenvolvimento sustentado, como síntese necessária entre meio ambiente e economia.

Assim, consoante Benjamim, citando Pearce, este é um debate que “*tende a alterar o foco da questão, de crescimento “versus” meio-ambiente para um que se refira à complementariedade potencial entre crescimento e meio-ambiente*”.²⁴³

No centro desta grande polêmica, está o Direito, como expressão

241 cf. BENJAMIM, Antonio Herman V. In Dano ambiental, repressão op.cit. p. 13

242 GRAU, Eros Roberto. A Ordem econômica.... op. cit. p. 234

243 BENJAMIM, Antonio Herman V. In Dano ambiental, repressão ... op. cit. p. 13

máxima das forças sociais, voltando seus olhos e esforços para a questão ambiental, seja ela natural, artificial ou cultural.

No primeiro momento, é comum, na referência da tutela do meio ambiente, a alusão ao Direito Ambiental, como expressão exclusiva e concentrada dos esforços de preservação, visto como um setor delimitado da Ciência do Direito. Tal posicionamento, de *per se*, é equivocado.

Isto porque, a despeito das sustentações de maturidade do Direito Ambiental a ponto de se lhe pleitear *status* de disciplina autônoma, a sua independência mostra-se inviável, como exaurimento da tutela ambiental. A questão central é justamente não confundir autonomia com independência.

Assim, a partir dos conceitos doutrinários de Direito Ambiental, e diante de sua multidisciplinariedade, sustenta a doutrina a total impossibilidade de adjetivá-lo como ramo autônomo, quanto mais independente.

O Des. Ticho Brahe Fernandes Neto, formula o seguinte conceito de Direito Ambiental: *“O conjunto de normas e princípios editados objetivando a manutenção de um perfeito equilíbrio das relações do homem com o meio ambiente”*.²⁴⁴

Diogo de Figueiredo Moreira Neto, assim define a matéria: *“Direito Ecológico é o conjunto de técnicas, regras e instrumentos jurídicos sistematizados por princípios apropriados, que tenham por fim a disciplina do comportamento relacionado ao meio ambiente”*.²⁴⁵

Carlos Gomes de Carvalho, oferece a seguinte conceituação: *“Conjunto de princípios e regras destinados à proteção do meio ambiente, compreendendo medidas administrativas e judiciais, com a reparação econômica e financeira dos danos causados ao ambiente e aos ecossistemas, de uma maneira geral”*.²⁴⁶

Assim, mencionando a multidisciplinariedade como fator impeditivo do reconhecimento de autonomia para o Direito Ambiental, a manifestação de Toshio Mukai: *“O Direito Ambiental (no estágio atual de sua evolução no Brasil) é um conjunto de normas e institutos jurídicos pertencentes a vários ramos do direito, reunidos por sua função instrumental para a disciplina do com-*

244 FERNANDES NETO, Tycho Brahe. **Direito ambiental. Uma necessidade.** Imprensa Universitária. UFESC. sd. p. 15.

245 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Introdução ao direito ecológico e ao direito urbanístico.** Rio de Janeiro: Forense, 2º ed., 1977, p. 23.

246 CARVALHO, Carlos Gomes de. **Introdução ao Direito Ambiental.** São Paulo: Letras e Letras, 2º ed. 1991, p. 140.

portamento humano em relação ao seu meio ambiente".²⁴⁷

Por isso tudo Michel Prieur sustenta que o Direito Ambiental é um Direito "horizontal", de "interações", que tende a penetrar em todos os setores do Direito para neles introduzir a idéia ambiental.²⁴⁸

Por outro lado, tal penetração noutros ramos do Direito, obviamente "não pode legitimar conclusão, de que estes se transformam em meros capítulos daquele".²⁴⁹

O direito ambiental deve ser delimitado por uma série de círculos concêntricos, que traduzem o caráter total ou parcialmente ambiental da norma jurídica: assim, um núcleo central de normas jurídicas, teleologicamente voltadas para os problemas ambientais, que constituem o direito do ambiente de modo privilegiado, na medida em que muitas das regras jurídicas que se aplicam ao seu objeto são também influenciadas pela idéia de proteção do ambiente; certos 'direitos' são influenciados pelo direito do ambiente.²⁵⁰

Pelo visto, qualquer tentativa concentradora do conceito de Direito Ambiental resultará infrutífera.

Muito mais em sede de defesa do patrimônio turístico e especificamente na temática pertinente à possibilidade de atribuir-se uma função turística à propriedade, conjugada com suas funções sociais e ambientais.

Tal afirmação emerge, em primeiro lugar, da certeza de que ao falar-se de tutela jurídica do meio ambiente cultural, necessariamente se verificará que são os princípios de Direito Administrativo que informam o tema.

247 MUKAI, Toshio. *Direito ambiental ... op. cit.* p.10.

248 PRIEUR, Michel. *Droit de l'environnement* . op.cit. p. 10 — "Champ d'application- Dans la mesure où l'environnement est l'expression des interactions et des relations des êtres vivants (dont l'homme), entre eux et avec leur milieu, il n'est pas surprenant que le droit de l'environnement soit un droit de caractère horizontal, recouvrant les différentes branches classiques du droit (privé, public, et international) et un droit d'interactions qui tend à pénétrer dans tous les secteurs du droit pour y introduire l'idée environnementale".

249 cf. MUKAI, Toshio, *Direito ambiental ...op. cit.* p. 11.

250 CORREIA, Fernando Alves. **O plano urbanístico e o princípio da igualdade**. Col Teses. Coimbra: Almedina, 1989, p. 85. Ademais, exemplificativamente, distinguindo o Direito Ambiental e o Urbanístico, o mesmo autor assevera: "O direito urbanístico não tem como fim direto e imediato a proteção do ambiente, mas a fixação de regras jurídicas de uso, ocupação e transformação do território, o que significa que o "móvil" ambiental, embora presente, não constitui a idéia condutora da regra jurídica urbanística, e, ao contrário, as normas jurídico-ambientais são intrinsecamente preordenadas aos fins de tutela do ambiente". op. cit. p. 87-88.

Em segundo lugar, que tal tutela se projetará na conjugação dos princípios de Direito Administrativo, com aqueles de Direito Urbanístico, a ponto da doutrina fixar o seguinte ponto vista, ao referir a função urbanística: “*A função urbanística é exercida basicamente por meio de procedimentos e operações fáticas ou materiais produtores de efeitos jurídicos. Raramente produz atos isolados tipicamente urbanísticos; no mais das vezes, são atos administrativos com efeitos urbanísticos, como as aprovações, interdições e licenças.*”²⁵¹

Direito Ambiental, portanto, representa também produto de migração, de exportação, de conceitos administrativos e urbanísticos, a ponto de confundir suas origens, porque já é possível admiti-lo, ora como projeção do Direito Urbanístico, ora como derivado da matriz principal do Direito Administrativo, destacando-se que o estudo da matéria somente será bem sucedido se levado em consideração o plano estabelecido pelo Direito Constitucional.²⁵²

Sob tais condições, e objetivando fixar e atribuir uma função turística à propriedade, cabe definir e reconhecer que a cidade não é ente de vida própria, independente do território sobre o qual se situa. Vale então dizer que o urbanismo e seu objeto não inclui somente a cidade, mas todo o território, seja ele urbano ou rural.

Então, de um urbanismo inicialmente concebido como arte de embelezar a cidade, evoluiu-se para um sentido social, “tanto quanto evoluíra o conceito de cidade, que tende a expandir-se além do perímetro urbano”.²⁵³

Daí o dizer especializado:

O objeto do urbanismo se amplia desse modo até incluir não somente a cidade mas todo o território, tanto o setor urbano como o rural. Assim, o urbanismo se apresenta como a ciência do estabelecimento humano, preocupando-se substancialmente com a racional sistematização do território, como pressuposto essencial e indierrogável de uma convivência sã e ordenada dos grupos de indivíduos, que nele transcorre sua própria existência.²⁵⁴

Hely Lopes Meirelles, faz questão de aduzir que a disciplina urbanística não se limita ao uso do solo urbano e urbanizável, mas diz respeito a qualquer área, elemento ou atividade em zona rural que traduza reflexos no agru-

251 SILVA, José Afonso da. Direito urbanístico...op. cit. p. 39.

252 cf. BENJAMIN, Antonio Herman V. In Dano ambiental , repressão... op. cit. nota de rodapé nº 18, p. 14.

253 cf. SILVA , José Afonso da. Direito urbanístico op. cit. p. 24.

254 id. p. 25.

pamento urbano.²⁵⁵

Menciona ainda o renomado e saudoso mestre, que Direito Urbanístico não se confunde com direito de construir e muito menos com direito de vizinhança, “embora mantenham íntimas conexões e seus preceitos muitas vezes se interpenetrarem, sem qualquer colisão, visto que protegem *interesses diversos e se embasam em fundamentos diferentes*”.²⁵⁶

Com efeito, tanto o direito de construir quanto o direito de vizinhança pertencem à órbita privada, eis que disciplinam a construção e seus efeitos em relação a terceiros, via de regra os confinantes, enquanto o direito urbanístico ordena o espaço urbano e as áreas rurais que nele possam interferir, manifestando-se através de imposições de ordem pública, expressas em três segmentos de normas: aquelas pertinentes ao uso e ocupação do solo urbano ou urbanizável; as relativas às regras estruturais e funcionais da edificação coletivamente consideradas e, por fim, naquele elenco normativo de proteção ao meio ambiente.²⁵⁷

Assim destacada dos interesses situados no âmbito privado do direito à construção ou do direito de vizinhança, a imposição urbanística é medida de interesse público, dirigida a todos os indivíduos sem distinção, como medida imprescritível, irrenunciável e intransacionável, bem ao contrário das primeiras, restrições civis que são prescritíveis, renunciáveis e transacionáveis, quer formalmente ou por aceitação tácita entre partes.

Logicamente e em qualquer hipótese, as limitações urbanísticas devem corresponder à prevalência do interesse público coletivo, sem que produza o aniquilamento da propriedade.

Então, para que sejam admitidas sem indenização ao particular, devem ostentar a marca da generalidade, isto é, dirigidas a todos os proprietários indistintamente, mas, como acentua Hely, “*determináveis no momento de sua incidência*”, tudo sob o abrigo do art. 170, III, da Constituição Federal, como li-

255 MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. São Paulo, Malheiros, 6º ed. 2º tiragem, 1993, p. 380: “As exigências urbanísticas desenvolveram-se de tal modo nas nações civilizadas e passaram a pedir soluções jurídicas, que se criou em nossos dias o Direito Urbanístico, ramo do Direito Público destinado ao estudo e formulação dos princípios e normas que devem reger os espaços habitáveis, no seu conjunto cidade-campo. Na amplitude desse conceito, incluem-se todas as áreas em que o homem exerce coletivamente qualquer de suas quatro funções essenciais na comunidade: habitação, trabalho, circulação e recreação, excluídas somente as terras de exploração agrícola, pecuária ou extrativista, que não afetem a vida urbana.”.

256 cf. id. p. 381.

257 cf. *ibidem*

mitações do uso da propriedade.²⁵⁸

E por não atingirem a substância da propriedade, porquanto havidas como condições ao exercício de direito individual e não ao direito em si mesmo considerado em sua essência constitucional, é que tais limitações podem ser editadas em lei, regulamento, decreto, ou qualquer outro ato administrativo adequado desde que observada a competência do agente provedor.²⁵⁹

Não se justifica, portanto, qualquer restrição à atividade regulamentadora da Administração, mesmo porque o limite de tal atividade será a sua posição em relação à lei e à Constituição, no que pertine à competência e aos limites naturais da mesma atividade.

Também releva notar que os assuntos urbanísticos são de competência simultânea de todas as entidades estatais de direito público interno, mormente porque a questão da ordenação físico-social do território nacional a todas elas interessa.

Assim, compete à União instituir as diretrizes para o desenvolvimento urbano e instituir normas gerais sobre Urbanismo (CF 21, XX e 24, I e §2º); aos Estados-membros cabe organizar o plano estadual de Urbanismo e estabelecer as normas urbanísticas regionais, supletivas e complementares das federais (CF art. 24, I e §2º); e, finalmente, aos Municípios compete elaborar e executar o Plano Diretor, assim como a promoção do ordenamento urbano, (CF, art. 182, §2º).

O dizer da jurisprudência catarinense, em acórdão do Desembargador Napoleão Amarante:

Na raiz da questão relacionada com a legitimidade do Ministério Público para intentar ação civil pública, em caso do descumprimento do Plano Diretor de uma cidade, com reflexos, inclusive, na tranquilidade necessária ao repouso noturno, está o exame obrigatório da natureza jurídica do interesse subjacente objeto da pretendida tutela. E é na exata dimensão da causa projetada pelo Constituinte de 1988 — proteção ao patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos — que se desenha, sem possibilidade desbordar desses limites, a legitimação da instituição ministerial nessa específica área de atuação. É inquestionável que a organização de uma cidade e a fiscalização para o exato cumprimento de todos os aspectos legais que lhe digam respeito, porque são bens de efeitos imateriais que passam a integrar o patrimônio social, quando transcende do puramente individual, não pode ficar fora da perspectiva da atuação funcional do Ministério Público, nos termos do referido dispositivo constitucional.

258 cf. id. p. 384.

259 cf. *ibidem*.

E no corpo do acórdão:

Sem dúvida alguma que o respeito ao plano de uma cidade deve constituir uma das grandes prioridades, sobretudo nesta quadra a vida nacional, quando a migração desordenada, o abandono do campo, o frêmito das construções, enfim, a tendência do inchaço, têm sido fatores, juntamente com a ausência de vontade política, do crescimento desordenado das cidades e da ocupação de áreas que não podem ser desviadas de sua função natural.²⁶⁰

Neste contexto normativo, o realce cabe ao Município, tanto em relação à sua competência para “promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo”, nos termos do art. 30, VIII, da Constituição Federal de 1988, quanto em razão aos poderes que lhe forem outorgados pela Constituição estadual ou delegados pela legislação ordinária, federal ou estadual.

A atuação urbanística do poder público, por outro lado, gera conflitos entre os interesses coletivos à ordenação adequada do espaço físico da cidade, frente aos interesses do proprietário, fundados no espírito do lucro e nas concepções egoística e individualista da propriedade como direito absoluto, especialmente ante a evidência de que entre nós inexiste sistematização e unidade da legislação urbanística.

É neste quadro de certa indeterminação que avulta a posição do intérprete constitucional, nos termos referidos por Hely, ao sublinhar que na matéria urbanística quando da *“interpretação da Constituição se há de observar, portanto o que está dito expressamente no texto e, ainda, o que está subentendido no contexto, como poderes implícitos e explícitos, da União ou das entidades menores”*.²⁶¹

Como se vê, a atividade urbanística consiste basicamente na intervenção do poder público com o objetivo de ordenar o espaço habitável, *“dirigida à realização do triplo objetivo de humanização, ordenação e harmonização dos ambientes em que vive o Homem: urbano e o rural”*.²⁶²

É atividade de natureza pública, que é exercida constringendo e li-

260 Acórdão prolatado na Apelação nº 43.0009, da Capital, Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, Relator Des. Napoleão Amarante, publicado no Dário da Justiça nº 9.309, de 30.8.95.

261 id. p 386.

262 SILVA, José Afonso da. Direito urbanístico... op. cit. p. 28.

mitando interesses privados, e adstrita ao princípio da legalidade, naquilo que crie direitos ou imponha obrigações.

Assim, qualquer análise pertinente à atribuição de uma função turística à propriedade, necessariamente perpassa a questão eminentemente urbanística relativa à estética urbana, como fator de limitação dos interesses privados.

4.2 DA ESTÉTICA URBANA E DO DIREITO À PAISAGEM

De fato, a estética urbana se constituiu em constante preocupação dos povos civilizados e se encontra inserida na temática do moderno Urbanismo, não só em relação às edificações, como também no pertinente às construções, incluindo o significado técnico diverso dos dois vocábulos.²⁶³

Portanto, o Urbanismo não visa, apenas, à obra de utilidade, mas cuida do contexto em que estão inseridas; *“dos aspectos artísticos, panorâmicos, paisagísticos, monumentais, históricos, de interesse cultural, recreativo e turístico da comunidade”*.²⁶⁴

Especificamente sobre o tema, a manifestação jurisprudencial, Agravo de Instrumento nº 4.212, da Capital, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina:

Agravo de Instrumento. Ação Civil Pública. Propositura pelo Ministério Público. Proteção Ambiental. Possibilidade de danos a bens de direitos de valor estético, turístico e paisagístico. Obras em desconformidade com as restrições impostas ao local. Embargo liminar. Pressupostos evidenciados. Concessão. Recurso improvi-

²⁶³ cf. MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Municipal ... op. cit. p. 416, nota de rodapé nº 64. “Edificação e construção têm significado técnico diverso: construção é o gênero abrangente de toda obra imobiliária, qualquer que seja a sua destinação; edificação é a espécie destinada ao uso humano, tal como habitação, trabalho, ensino, recreação, culto etc Assim, toda realização em imóvel é construção, mas nem sempre é edificação: uma ponte, uma usina, uma estrada, um estábulo, um muro são construções, mas não são edificações; edificação é a casa, o edifício de apartamentos, a escola, o hospital, a repartição pública, o templo etc. Essa distinção é normalmente feita nos códigos de obras, que cuidam genericamente da construção e especificamente da edificação”.

²⁶⁴ ibidem

do.²⁶⁵

Esses bens encontram-se sob a proteção do Poder Público, tanto em relação ao teor do art. 180, da Constituição Federal, como em razão das demais e expressas referências constitucionais sobre o patrimônio cultural brasileiro em todas as suas manifestações, sejam artísticas, históricas, paisagísticas ou turísticas, eis que catalogados como patrimônio público, nos termos do art. 1º, §1º. da Lei 4.717/65, que trata da Ação Popular.

Por outro lado, a referência à proteção estética da cidade e de seus arredores, enseja, como é obvio, a proteção e preservação de vistas panorâmicas, das paisagens naturais, e dos locais de particular beleza, seja em relação ao seu estado natural, combatendo os óbices privados à visibilidade e acesso, assim como traduz garantia contra a desconfiguração de reservas naturais, ou sítios de lazer que compõem o patrimônio turístico de uma cidade, de um Estado-membro ou da Nação, às vezes de forma tão notória e mesmo assim tão insanamente agredido.

Vale ainda referir que tanto em sede de proteção paisagística, monumental, histórica, artística, cultural enfim, insere-se a competência municipal, na justa medida do interesse local na preservação de sítios que representam recreação espiritual e fator cultural da população, ou recantos da Natureza que signifiquem algo digno de preservação, tanto por si só, quanto por lembrarem fatos notáveis ou edificantes do seu povo.

Chama a atenção do intérprete a evidência de que é impossível a formulação de uma definição ou conceito jurídico do que venha a ser lugar, paisagem ou monumento natural. A doutrina, com destaque para a francesa, esmera-se por demonstrar tal impossibilidade, assim como para sublinhar que ao legislador cabe fazer referência ao princípio legal de sua existência, caracterizado como interesse geral e portanto público, princípio aliás fartamente inserido na

²⁶⁵ Acórdão prolatado no Agravo de Instrumento n. 4.212, da Capital, Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, Relator Des. Volnei Carlin, publicado no Diário da Justiça n. 7.481, de 17.3.88, p. 12.

legislação brasileira, consoante o verificado ao longo do presente estudo.²⁶⁶

Questão relevante daí derivada, diz respeito ao *direito à paisagem*, tema aliás escassamente abordado pela doutrina jurídica nacional.

Marcus Polette, assim discorreu sobre a paisagem.²⁶⁷

Paisagem pode ser definida como um sistema territorial integrado por componentes e complexos de diferentes amplitudes formados a partir da influência dos processos naturais e da atividade modificadora da sociedade humana, que se encontra em permanente interação e que se desenvolvem historicamente. Atualmente, esta adquire importância em diversas linhas de pesquisas, bem como é utilizada em diferentes escalas espaciais de compreensão por meio de relações sociais, econômicas, culturais e ecológicas. [...] GOBSTER & CHENOWETH (1989); KENT (1993) *apud* CARVALHO-MARENZI (1996), analisam que a paisagem pode ser entendida nas suas dimensões físicas, referentes aos elementos ambientais e sua relação: nas relações artísticas, relacionadas ao aspecto da composição, resultando na harmonia de sua forma física; e nas suas dimensões psicológicas, relativas ao impacto mental que pode causar nos observadores. [...] Na Pequena Enciclopédia Soviética, vol. 5, p. 350, *apud* BERNALDEZ (1981), o termo paisagem já possui uma conotação culta e científica sendo assim descrita: “Porção da superfície terrestre, provida de limites naturais, onde os componentes naturais (rochas, relevo, clima, águas, solos, ve-

266 DESPAX, Michel. **Droit de L'environnement**. Paris,: Librairies Techniques, 1980, p.487. “Il n'existe pas de définition juridique précise du site ou de l'espace naturel. Le législateur a seulement posé le principe qu'il existait un certain nombre de “monuments naturels et de sites dont la conservation ou la préservation présentent, du point de vue artistique, historique, scientifique, légendaire ou pittoresque, un intérêt général” (L. 2 mai 1930). La doctrine s'est efforcée de poser quelques définition. C'est ainsi que P. de Gorsse (1) exprime, très justement, l'opinion suivant: “ par paysage, il faut entendre une portion de territoire dont les divers éléments forment un ensemble pittoresque ou esthétique par la disposition de ses éléments ou les formes, l'effet de ses couleurs. Par site, il convient de désigner une portion de paysage d'aspect particulièrement intéressant. Par monument naturel, on comprend un group d'élément dus à la nature, tels que rochers, arbres, sources, bouleversements du sol, accidents géologiques ou autres qui, séparément ou ensemble, forment um aspect digne d'attention. Un paysage peut renfermer des éléments purements naturels, ou bien englober dans son ensable des oeuvres d'home telles que constructions, ruines, églises, silhouettes diverses, et même ensemble urbain”.

267 Pesquisador da UNIVALI/FACIMAR-SC- Doutor em Ecologia e Recursos Naturais —UFSCar. Especialista em Gerenciamento Costeiro.

getação, mundo animal) formam um conjunto de interação e interdependência.²⁶⁸

Polette também procura realçar que os desdobramentos em relação à gestão da paisagem ultrapassam as questões puramente estéticas ou relacionadas à percepção ou ao sentimento:

Na realidade, a paisagem atualmente é uma unidade cultural e econômica, pois possui estrutura e função definida e suas mudanças ocorrem justamente pela ação antrópica, que é o resultado da cultura absorvida pelo ser humano no espaço em que está integrado. Portanto, no processo de gestão ambiental seja nas áreas costeiras ou continentais, a abordagem da paisagem é essencial para compreendermos a relação do homem com a utilização racional, ou não, do solo, e das águas. A paisagem ao longo da história da humanidade é uma entidade complexa para se analisada pois ultrapassa simplesmente questões ligadas à percepção ao sentimento, ou ainda as concepções estéticas, culturais, ecológicas e até mesmo políticas. Deve ser continuamente analisada e discutida pelo homem, que é ao mesmo tempo, observador, bem como agente das mudanças que ali se evidenciam.²⁶⁹

Silvio Soares de Macedo formula a seguinte e alentada lição:

A Paisagem é considerada então como um **produto** e como um **sistema**; como um **produto** porque é resultado de um processo social de ocupação e gestão de um território; e como um **sistema**, na medida que a partir de qualquer ação sobre ela impressa, com certeza haverá uma reação correspondente, no caso equivalendo ao surgimento de uma alteração morfológica parcial ou total. [...] A cada paisagem, a cada lugar então atribui-se três tipos de qualidade, que seriam: 1. **Ambiental** — que mede as possibilidades de vida e sobrevivência de todos os seres vivos e de suas comunidades nele existentes. 2. **Funcional** — que avalia o grau de eficiência do lugar no tocante ao funcionamento da sociedade humana. 3. **Estética** — valores com características puramente sociais, que cada comunidade em um momento do tempo

268 POLETTE, Marcus. **Gerenciamento costeiro integrado: proposta metodológica para a paisagem litorânea da microrregião de mariscal município de Bombinhas (SC) — Brasil**. Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ecologia e Recursos naturais do Centro de Ciências Biológicas e da Saúde da Universidade de São Carlos — SP, como parte dos requisitos para obtenção do título de Doutor em Ciências, área de concentração em Ecologia e Recursos Naturais. 1997. Inédito, p. 62 e 64.

269 POLETTE, Marcus. **Paisagem: uma breve reflexão sobre um amplo conceito**. Florianópolis, 1997: Artigo inédito, sd. sp.

atribui a algum lugar.²⁷⁰

No mesmo trabalho, Silvio Soares Macedo discorreu sobre o valor paisagístico, aduzindo o seguinte:

No caso específico deste estudo, entende-se por valor paisagístico aquele atribuído a um local, pelo consenso de toda a sociedade ou de um de seus grupos, e que identificam para um desses conjuntos sociais este lugar em relação aos demais. Podem ser arroladas como qualidades definidoras de valor paisagístico de um determinado espaço os seguintes atributos:

— **Estética** — um atributo totalmente dependente dos padrões culturais da sociedade em um determinado momento histórico e que realmente influi na determinação destes valores. A apreciação de cenas marinhas (hoje um mito turístico) com certeza não era um hábito nos tempos da Idade Média, quando grande parte da população considerava de um modo hostil as regiões costeiras [...].

— **Afetividade** — uma comunidade convivendo por longo período com algumas estruturas morfológicas aparentemente muito estáveis, como por exemplo um morro florestado, um conjunto de velhos edifícios ou de praças verdejantes, incorpora tais estruturas ao seu cotidiano e pode em um momento, ocorrer uma mudança drástica de sua configuração. Esta comunidade irá se opor a tal ação em função da necessidade de conservação do seu espaço conhecido. Este valor, no caso, pode não ter nenhum significado para outras comunidades, ou nenhuma característica de excepcionalidade para o Estado e para a Nação, podendo ser por muitas vezes o fator de impedimento de um determinado tipo de desenvolvimento econômico [...]

— **Simbolismo** — um valor atribuído a um lugar, ou a um edifício, ou a um conjunto de edifícios, nos quais um evento social cívico ou religioso se efetivou em algum momento da história da comunidade ou marcou uma conquista material. [...] a muitos desses lugares, entretanto, não é atribuído, pelo todo da comunidade um

270 MACEDO, Silvio Soares. **Paisagem, urbanização e litoral. Do Éden à cidade**. Tese apresentada para concurso de livre-docência junto à Faculdade de Arquitetura e Urbanismo da Universidade de São Paulo. São Paulo: jan 1993, p. 11-12.

grande valor estético[...].²⁷¹

Constituição Federal de 1988 materializou quatro referências sobre o assunto, a saber:

Art. 216 — Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

[...]

V — os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, **paisagístico**, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico. (original sem grifos).

Art. 23 — É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

[...]

III- proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico, artístico, **cultural**, os monumentos, as **paisagens** naturais notáveis e os sítios arqueológicos; (original sem grifos)

Art. 24 — Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

[...]

VII — proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico e **paisagístico**; (original sem grifos)

VIII — responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e **paisagístico**; (original sem grifos)

²⁷¹ id. p. 15. — Em complemento, aduz o Macedo: “Tal caracterização nos permite compreender e justificar os fatores que levam a população no seu cotidiano a adotar este ou aquele ponto ou lugar como um marco paisagístico significativo. É o caso, por exemplo, da cidade do Rio de Janeiro que, situada em meio a uma Serra e junto à Baía de Guanabara, tem sua zona sul e o espaço situado no entorno da referida baía considerados como marcos paisagísticos significativos como os morros do Pão de Açúcar, Corcovado e Gávea (fatores: simbólico, estético e de excepcionalidade) e, o conjunto urbano da Cinelândia na área central da cidade (fator estético). Por todo o país, de Estado a Estado, alguns “objetos” e pontos são então destacados pelo consenso popular ou pela mídia e podem ser considerados valores paisagísticos locais ou nacionais”. *ibidem*.

Art. 5º — Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LXXXIII — qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente, e ao patrimônio histórico e **cultural**, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e ônus da sucumbência; (original sem grifos).

Na legislação ordinária federal, referências são encontradas no artigo 1º, do Decreto-Lei nº 25, de 30 de novembro de 1937, que organizou a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, artigo 1º, da Lei 7.347/85, que disciplina a Ação Civil Pública e artigo 1º, da Lei 6.513/77, que dispõe sobre a criação de Áreas Especiais e de Locais de Interesse Turístico.

Eis a redação do Decreto-Lei 25/37:

Art. 1º — Constitui o patrimônio histórico e artístico nacional o conjunto dos bens móveis e imóveis, existentes no país e cuja conservação seja de interesse público, quer por sua vinculação a fatos memoráveis da história do Brasil, quer por seu excepcional valor arqueológico ou etnográfico, bibliográfico ou artístico.

[...]

§ 2º — Equiparam-se aos bens a que se refere o presente artigo e são também sujeitos a tombamento os monumentos naturais, bem como os sítios e **paisagens** que importe conservar e proteger pela feição notável com que tenham sido dotados pela natureza ou agenciados pela indústria humana. (original sem grifos)

Preconiza o artigo 1º, da Lei 7.347/85:

Art. 1º — Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados ;

[...]

III — a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e **paisagístico**.

Estabelece o artigo 1º, da Lei 6.513/77:

Art. 1º — Considera-se de interesse turístico as Áreas Especiais e os Locais instituídos na forma da presente lei, assim como os bens de valor cultural, protegidos por legislação específica e especialmente:

[...]

V — as paisagens notáveis.(original sem grifos)

Resta indagar se este restrito quadro normativo é suficiente para alicerçar um *direito à paisagem*.

Em primeiro lugar, é necessário destacar a distinção elaborada pela doutrina jurídica francesa entre *direito à paisagem* e *direito da paisagem*.

Analizando a primeira categoria e buscando caracterizá-la, Jacqueline Morand-Deviller alude à origem puramente artística do direito à paisagem:

L'émergence d'un droit au paysage a pour origine la sensibilisation à cette notion dont les initiateurs seront les artistes: peintres maîtrisant les règles de la perspective et refusant de réduire le paysage au rôle de faire-valoir, effacé devant le portrait ou la nature morte (le genre culminera avec l'Ecole de Barbizon et les impressionnistes); écrivains romantiques trouvant une inspiration lyrique dans un lac, un vue panoramique, les horizons lointains, tant et si bien que l'on a pu qualifier le XIX siècle de "siècle paysagiste".²⁷²

No curso do mesmo estudo, a autora busca caracterizar que o crescente interesse pela proteção da paisagem teve como ponto de partida uma analogia entre monumentos históricos e monumentos naturais, concluindo que os segundos, pouco a pouco, passaram a integrar o patrimônio nacional francês, merecedores então de proteção, haja vista os danos a ele impostos, em nome do progresso, por industriais e engenheiros.²⁷³

Nota-se, pois, que, de início, a preocupação francesa em relação à proteção da paisagem esteve calcada na noção de monumentalidade:

272 MORAND-DEVILLER, Jaqueline. (Professeur à l'université Paris I (Panthéon-Sorbonne) — **Environnement et paysage**. AJDA. L'Actualité Juridique Droit Administratif. Paris: nº 9-20, septembre 1994, p. 589.

273 *ibidem* — "A l'instar des monuments historiques, les monuments naturels sont plus en plus perçus comme partie intégrante du patrimoine national, un patrimoine menacé par les outrages que les industriels et les ingénieurs, ou nom du progrès, lui infligent".

Dès 1901, une Société pour la protection des paysages et de l'esthétique de la France est fondée. Sa première victoire sera le sauvetage de la cascade du Lizon (Doubs) qu'un industriel voulait canaliser.²⁷⁴

O passo seguinte no exemplo francês, embora recente, a partir da conscientização pública da necessidade urgente de proteger o valor paisagístico, foi a inserção de sua disciplina como integrante dos valores de interesse público, catalogados como direito e dever de todos:

La promotion du paysage auprès des pouvoirs publics est, somme toute, récente. Elle a pour principale cause la socialisation de la notion, née elle-même de la prise de conscience par l'opinion publique de la fragilité des paysages et de l'urgente nécessité de les protéger. Parce que le nombre de ses sujets ne cesse de s'élargir, son champ d'application fait de même; le paysage urbain rejoint le paysage naturel et le paysage rural est une des principales composantes du patrimoine qualifié, sans aucune connotation péjorative, de "mineur". Devenu fait social, le paysage interpelle le juriste: "Le respect des paysages naturels ou urbains ainsi que du patrimoine sont d'intérêt public" (loi du 3 janvier 1977 sur l'architecture). **Par ailleurs, il est logique que sa protection ne soit pas seulement um droit mais aussi um devoir.**²⁷⁵ (original sem grifos)

Não obstante, em relação ao objeto, a positivação legal da preocupação de proteger os valores paisagísticos, no caso francês, foi marcada por uma forte conotação elitista, já que a lei sobre o assunto, editada em 8 de janeiro 1993, refere que a normatização se aplica à hipótese de "territórios importantes por seu interesse paisagístico", dando a entender que sua aplicação ficaria restrita a espaços previamente selecionados.²⁷⁶ Curiosamente, tal noção de *importância*, em termos paisagísticos, ao ser também positivada, através do Decreto nº 94-283, de 11 de abril de 1994, foi caracterizada pela abrangência e largueza, já que o aludido texto legal francês deixou de fazer referência a locais pré-estabelecidos para centrar a regulamentação em tópicos e características genéricas, como, por exemplo, a unidade e coerência territorial:

Le décret du 11 avril 1994 sur les directives paysagères (art. 1º) donne quelques précisions sur les caractéristiques des territoires remarquables. Leur intérêt est

274 *ibidem*

275 *ibidem*.

276 *id.* p. 591. — "Dans la loi du 8 de janvier 1993, la conception de l'objet paysage reste élitiste: les nouvelles dispositions ne s'appliquent qu'à "des territoires remarquables par leur intérêt paysager".

établi, notamment “soit par leur unité et leur cohérence, soit par leur richesse particulière en matière de patrimoine ou comme témoins de modes de vie et d’habitat ou d’activités et de traditions industrielles, artisanales, agricoles et forestières”.²⁷⁷

Verifica-se, então, que em matéria de resguardo dos valores paisagísticos, mesmo diante de legislação específica em sede de *direito à paisagem*, o caso francês aponta para a generalidade, tanto de sujeitos, porque o assunto é de interesse de todos, quanto do objeto da proteção, como demonstram os termos acima transcritos.

Outra é a tônica quanto a matéria é o *direito da paisagem*, porquanto este estará sempre associado ao direito de construir e à relação conflitiva que daí possa derivar — conflito entre construção em sentido amplo e paisagem —, e, especificamente, frente ao antagonismo da exploração de um pelo outro.

Voltando à hipótese francesa, desde logo chama a atenção que para dar aplicação concreta ao **direito da paisagem** frente ao direito de construir, estabeleceu o legislador, através da edição do Decreto nº 94-408, de 18 de maio de 1994, mecanismos oficiais de análise da oportunidade de inserção do projeto no meio ambiente e, sobremaneira, de seus efeitos, danos ou prejuízos em relação à paisagem. Nota-se aqui que a legislação passou a exigir a elaboração de um verdadeiro *estudo prévio de impacto paisagístico*, tal o detalhamento documental necessário à obtenção da autorização, razão da transformação do processo, e da sua instrução, em algo longo, particularizado e delicado, além de representar custos elevados para o peticionário.

Ao comentar o citado Decreto nº 94-408, de 18 de maio de 1994, no pertinente às exigências para obtenção da autorização para construir Jacqueline Morand-Deviller aduziu o seguinte:

La double préoccupation du législateur est d’exiger du maître d’ouvrage qu’il justifie la manière dont sont projet s’insère dans l’environnement et de donner à l’autorité responsable de la délivrance des permits des éléments lui permettant d’apprécier l’atteinte que le projet pourrait porter au paysage.²⁷⁸

Nos termos da legislação sob comento, o pedido de autorização para construir deve ser instruído com os seguintes documentos:

planta de situação do terreno: planta da massa da construção a edificar ou a modificar, cotada em três dimensões: planta dos trabalhos exteriores e das plantações mantidas, suprimidas ou criadas; planta das fachadas; uma ou mais representa-

²⁷⁷ ibidem

²⁷⁸ id. p. 593.

ções gráficas indicando o tratamento dos espaços externos; dois levantamentos fotográficos que permitam apreciar a inserção paisagística; um documento gráfico com o mesmo objeto; um estudo de impacto, com explicações que permitam analisar e justificar o impacto visual do projeto.²⁷⁹

A questão então é definir se o quadro normativo brasileiro presta-se para alicerçar um *direito à e da paisagem*.

Primeiramente é necessário sublinhar que o tema mereceu expressas referências constitucionais, valendo a menção de que a legislação ordinária sobre a questão é pretérita à edição da Carta Política de 1988. Fica evidente que as normas constitucionais que se referem tanto ao valor paisagístico, como bem ou direito, ou ao patrimônio paisagístico, são de aplicação e eficácia imediata.

Assim, dúvidas inexistem acerca da positivação jurídica de um direito à paisagem relacionado à sadia qualidade de vida de todos, mormente frente à destinação dos instrumentos jurídicos e judiciais onde estão materializadas as aludidas referências legais, mais precisamente textos ordinários destinados ao restabelecimento de interesses coletivos e difusos fraturados, como no caso da ação civil, ou a dar guarida à proteção do patrimônio público, como na ação popular; ou ainda de garantia da proteção do patrimônio cultural brasileiro, na hipótese do Decreto-Lei 25/37.

Não obstante, tal elenco normativo não vem sendo bem utilizado, especialmente no que pertine aos seus desdobramentos administrativos, relacionados ao *direito da paisagem*.

Com efeito, ressalvadas algumas hipóteses de monumentalidade, verifica-se que junto ao poder público licenciante, prevalece a noção de que prescrições edilícias municipais relativas ao direito de construir ostentam prevalência, como direito líquido e certo, sobre valores paisagísticos que lhe sobrepujam.

Nota-se diariamente o incremento do desarranjo das cidades, calcado em autorizações oficiais, derivadas da aludida interpretação administrativa

279 Tradução livre do autor. O texto original: “Le dossier de demande de permis de construire doit comprendre les documents suivants (art. R.421-2 du Code de l’urbanisme modifié): plan de situation du terrain; plan de masse des constructions à édifier ou à modifier, coté dans les trois dimensions; plan des travaux extérieurs et des plantations maintenues, supprimées ou créées; plan des façades; une ou plusieurs vues en coupe précisant l’implantation et indiquant le traitement des espaces extérieurs; deux documents photographiques ou moins permettant d’apprécier l’insertion paysagère (les photomontages, coûteux et souvent trompeurs, ne sont pas exigés); un document graphique ou moins répondant à ce même objet; l’étude d’impact lorsqu’elle est exigée et, principale nouveauté, une notice explicative permettant d’apprécier et de justifier l’impact visuel du projet”. id. p. 593.

de que para construir basta o acatamento das prescrições edilícias municipais.

Por isso a constatação e o alerta doutrinário:

Jorge Wilhelm, São Paulo, Metrópole 65 (Subsídio para seu plano diretor), p. 52, referindo-se a São Paulo, declara: “Se examinarmos a realidade urbana de São Paulo, a ocupação do seu solo, a transformação da paisagem natural do sítio em paisagem cultural urbana, torna-se chocante a contradição entre possibilidade e realização.[...] Em lugar de uma cidade planejada para pleno usufruto de seu sítio e maior goáudio de seus fruidores, encontramos uma metrópole sem caráter, feia, desnaturada, proporcionando a 4,5 milhões de habitantes uma vida difícilima e tensa; em lugar de um palco que simboliza as conquistas culturais da sociedade, encontramos 550 km² de especulação imobiliária, o paraíso dos loteamentos que violentaram a paisagem natural sem acrescentar-lhe valor humano algum”. E hoje são mais de 10 milhões de habitantes.²⁸⁰

Interessante ainda a evidência, quase sempre deslembrada, que o arranjo paisagístico não favorece apenas e genericamente à população, porque resguardada a sua sadia qualidade de vida, mas também importa em ganhos e valorização patrimonial, porquanto um imóvel, um empreendimento, um ramo de negócio, valerá mais quando inserido num ambiente harmonioso e paisagisticamente equilibrado.

Por fim, *de lege ferenda*, urge imprimir maior especificidade ao direito da paisagem. Para tanto, considerando o teor das referências constitucionais a respeito e o conteúdo do elenco legal ordinário já existente, bastaria impor ao peticionário, tendo por base a massa da construção a implantar e o local de sua inserção, a exigência da obtenção de licenciamento ambiental para edificar, figurando como pré-requisito, a apresentação de relatório de impacto paisagístico.

4.3 DA GESTÃO DO DOMÍNIO FEDERAL NO LITORAL

Os bens públicos litorâneos, de titularidade da União Federal são componentes expressivos do patrimônio turístico nacional, assim reconhecidos pelo teor da Resolução nº 01, de 21 de novembro de 1990, da Comissão Interministerial Para os Recursos do Mar, que aprovou o Plano Nacional de Geren-

²⁸⁰ Apud SILVA, José Afonso da. Direito Urbanístico... op. cit. p. 274, nota nº 4.

ciamento Costeiro.²⁸¹

Neste tópico em particular, Gilberto d'Ávila Rufino, ao longo de quase duas décadas, vem chamando a atenção para os desdobramentos do problema relativo à gestão dos bens litorâneos insertos na dominialidade da União.²⁸²

Primeiramente, no que respeita à incrível perdulariedade demonstrada pela União Federal em relação às destinações imprimidas aos terrenos de marinha, que na atualidade correspondem a “*um patrimônio dilapidado, à mercê de uma absurda privatização em socorro da qual nenhum fundamento apto existe*”.²⁸³

É por demais conhecida a avidez com que o Serviço do Patrimônio da União promove a alienação desses bens, preciosos no dizer de Rufino, em detrimento dos interesses públicos, primeiro os da coletividade e em seguida os municipais, sendo que aqui também acrescentamos os estaduais.²⁸⁴

Assim, soa integralmente falsa a defesa da tese de que os Municípios não são detentores de especiais interesses e direitos sobre os terrenos de marinha, mesmo porque, à luz do texto constitucional de 88, são os verdadeiros guardiões desse patrimônio público, na medida que à municipalidade compete dar-lhe destinação através dos ditames do Plano Diretor.

E são justamente as propostas urbanísticas municipais as mais subvertidas e desconsideradas pela União Federal, a quem compete zelar pelo ordenamento territorial do país, nos termos da Constituição Federal, art. 21, XX, c/c o art. 24, I, situação aliás de muito tempo alertada por Rufino.²⁸⁵

281 BRASIL. Resolução nº 01, de 21 de novembro de 1990, da Comissão Interministerial Para os Recursos do Mar, que aprova o Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro, publicada no Diário Oficial da União, edição de 27 de novembro de 1990, seção I, p. 22634 — “Na Zona Costeira é onde se concentra a maior parte da população e considerável número de cidades — sobretudo capitais — apresenta preocupante e crescente nível de expansão urbana desordenada. O problema se acentua, tendo em vista o substancial interesse turístico que promove significativo afluxo periódico de contingentes humanos para a Zona Costeira”.

282 Procurador do Estado de Santa Catarina, especialista nos campos do direito ambiental, do urbanismo e do ordenamento territorial do litoral. É mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Santa Catarina, Mestre em Economia e Direito Agrário pela Universidade de Rennes (França) e Doutor em Direito Público, na especialidade direito ambiental, do urbanismo e do ordenamento do território pela Universidade de Limoges (França).

283 cf. RUFINO, Gilberto D'Ávila. **Terrenos de marinha — interesse do município**. Boletim de Direito Municipal, São Paulo: ed. NDJ, out. /88. p. 562-565, p. 562.

284 id. p. 562.

285 id. p. 563.

Não há justificativa razoável para o estado de depauperamento imprimido pela União Federal à propriedade pública, verdadeira redução da propriedade remanescente da Nação brasileira, sem qualquer motivação pública relevante, e sem qualquer espécie de licitação, verdadeira afronta aos dizeres do art. 23, I, da Carta Constitucional de 1988.

Chama atenção, o inteiro menoscabo à destinação dessas áreas na sua natural destinação de uso comum do povo, em especial à forma de gestão, eis que encarados pela União exclusivamente com fonte de receita patrimonial.

Com efeito, se examinado o teor do Decreto-Lei nº 9.760/46, conclui-se que a utilização privada de terrenos de marinha deveria ocorrer sob o regime enfiteutico (aforamento), “*regime legal que não tem se verificado em virtude da inexistência de demarcação da linha do preamar médio*”.²⁸⁶

Pois, mesmo assim, a União Federal consagrou e consolidou a invasão e o esbulho dos bens nacionais litorâneos, mediante singelas inscrições de ocupação a título precário, sobretudo inscrevendo aqueles que detinham posse a qualquer título, tidas e havidas como simples situações de fato.

A tudo isso, Rufino adjetivou *de política do fato consumado*, eis que os esbulhadores receberam tratamento privilegiado, em detrimento dos Estados e Municípios, assim impedidos de acessar tais terrenos para o implemento de logradouros públicos e sobretudo para assegurar a todos o contato pleno e irrestrito com o mar.

Ademais, tudo o que até aqui se disse também é aplicável em relação ao desrespeito à própria legislação, quando do repasse de bens protegidos em lei federal como ilhas, dunas, mangues, tômbulos, promontórios, margens de rio, lagoas e restingas, “*perdulariamente outorgadas a particulares, para saciar a ganância dos especuladores imobiliários*”.²⁸⁷

Isso sem falar no conseqüente e notório comprometimento do patrimônio turístico, ante a mais absoluta falta de qualidade de vida desses locais, já que exploração irracional na ocupação, a reboque conduziu falta de saneamento (destinação adequada de esgoto doméstico em especial), água potável, e desarranjos urbanísticos de toda ordem, como praias sem sol e sol sem a praia, a exemplo de Balneário Camboriú-SC.

O componente perverso de tal situação fundiária, manifesta-se muito além da impossibilidade de afetar tais bens a fins urbanísticos e ambientais, porquanto fica o Poder Público, em regra o Municipal — justamente o cofre mais pobre — submetido ao pesado encargo de indenizar exatamente os parti-

²⁸⁶ id. p. 563.

²⁸⁷ id. p 562-563.

culares, invasores oficiais, caso necessite reaver a área para o implemento de qualquer obra pública, como praças, ciclovias, vias de circulação de pedestres ou automóveis, ou mesmo ampliação das faixas de praia, muitas delas desaparecidas por fato natural, como o avanço do mar derivado de modificação das correntes marinhas, associadas ao regime dos ventos, fenômeno de grande incidência da Ilha de Santa Catarina, por exemplo.²⁸⁸

Tal postura também inviabilizou as tentativas municipais de estabelecer limitações ao direito de construir, quanto ao fato de que os Tribunais vêm reconhecendo que o catálogo “*non aedificandi*” quando recai sobre imóvel urbano implica na privação dos poderes pertinente ao direito de propriedade, razão do dever de indenizar. Assim, em todos os desdobramentos possíveis restará a Municipalidade acuada e sem forças para reagir. Isto porque ao negar a construção se submete ou às ações expropriatórias elevadíssimas ou à força de mandados de segurança, cujos decisórios, baseados na legitimidade e legalidade da ocupação, lhe impõe a obrigação de expedir a licença.

Tudo, ademais, culmina por inviabilizar justamente o instrumento mais poderoso nesta conjuntura, representado pelo planejamento diretor da cidade, eis que frente ao quadro até aqui exposto, pouco ou nada valem os catálogos municipais definidos em lei, como Áreas Verdes de Lazer (AVL), Vias de Circulação de Pedestres (AST), Áreas dos Elementos Hídricos (AEH), Áreas Adjacentes aos Elementos Hídricos (AAH), ou mesmo Áreas de Interesse Turístico, quando tais áreas litorâneas se encontram da posse de particulares, na forma descrita.

Portanto, com inteira razão a doutrina quando diz que o instrumento mais débil na proteção do patrimônio cultural é o poder de polícia administrativa do Estado (aqui entendido como o Poder Central) e mais poderoso é Poder Local de planejar e executar seus projetos urbanísticos, porém, eis que um tem o que ao outro falta, nenhum dos dois resolve a questão.²⁸⁹

Gilberto d'Ávila Rufino afirmou que a solução jazia latente nos próprios dispositivos legais que regiam a matéria, eis que os terrenos de marinha

288 id. p. 564.

289 FERNANDEZ, Antonio Corceller. **Instituciones de Derecho Urbanístico**. Madri: Montecorvo, 2º ed. 1981, p. 440-441. “La coexistencia de la legislación urbanística con la especial de protección del patrimonio histórico-artístico no representa una mayor defensa de esta riqueza, porque la Administración más forte, que es la del Estado, maneja las técnicas más débiles, las tradicionales de policía administrativa, mientras que la Administración Local dispone de instrumentos más poderosos (el planeamiento u sus técnicas de ejecución). Cada orden administrativa tiene lo que al otro le falta, de lo cual resulta que ninguno de los dos puede resolver o problema”.

livres de ocupação poderiam ser afetados ao uso comum de todos os habitantes, através de simples ato administrativo emanado da autoridade a quem competia a respectiva gestão, porquanto o regime do Decreto-lei nº 9.760/46 em nada obstava que assim se procedesse.²⁹⁰

Sucede que o teor da Medida Provisória nº 1567, de 14 de fevereiro de 1997, publicada no Diário Oficial da União edição, de 15 de fevereiro de 1997, seção 1, p. 27799, que dispõe sobre a regularização, administração, aforamento e alienação de bens imóveis da União, praticamente impede que afetação desta natureza venha a se concretizar.

Pelo disposto na aludida Medida Provisória é de se temer que a intenção da União seja pura e simplesmente eternizar, mediante contratos perpétuos de aforamento, os espaços litorâneos de seu domínio já ocupados por particulares, além de representar o estímulo oficial para a imediata ocupação dos espaços remanescentes, tudo com propósito de melhorar a arrecadação tributária incidente sobre a área.

Tecer maiores comentários sobre o tais intenções importa em mudar os rumos do presente estudo. Não obstante, para que seja aquilatado o conteúdo da Medida Provisória em tela, basta transcrever os artigos 13 e 17:

Art. 13 — Na concessão do aforamento será dada preferência a quem, comprovadamente na data da publicação desta Medida Provisória ocupe o imóvel há mais de um ano e esteja, até a data da formalização do contrato de alienação do domínio útil, regularmente inscrito como ocupante e em dia com suas obrigações junto à Secretaria do Patrimônio da União.

Art. 17 — Os ocupantes regularmente inscritos até 5 de outubro de 1988, que não exercerem a preferência de que trata o art. 13, terão seus direitos e obrigações assegurados mediante a celebração de contratos de cessão de uso oneroso, por prazo indeterminado.

Por outro lado, quando da edição da Lei 7.661, de 16 de maio de 1988, que institui o Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro, Gilberto Rufino aduziu:

Em primeiro, se a política de gerenciamento costeiro visa substancialmente a preservação de bens ambientais, então é preciso considerar os modos de apropriação

²⁹⁰ cf. RUFINO, Gilberto d'Ávila. **Regime Jurídico dos Bens Públicos Litorâneos**. In Apostila do Curso de Direito Ambiental, promovido pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e a Universidade Livre do Meio Ambiente, de 12 a 30 de setembro de 1994, texto fotocopiado, 7 páginas, p. 2..

dos mesmos e a adequação dos diferentes regimes de propriedade à sua respectiva conservação. Em segundo, interessa saber quais implicações resultam de que certos bens ambientais, muito embora sendo objeto de apropriação privada, não se destinem todavia a proporcionar ao respectivo titular uma vantagem econômica qualquer, e sim a satisfazer interesses coletivos. Em terceiro, sem esgotar esse gênero de questionamento, surge a questão da regulação de liberdades de conteúdo econômico e social. Assim, por exemplo, é preciso estabelecer os modos de compatibilização do direito a fruir de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, com o exercício de atividades econômicas que, não obstante, são suscetíveis de produzir impacto nos ecossistemas costeiros, marcadamente sensíveis. A Lei 7.661/88, comporta praticamente um pouco de todas abordagens acima esboçadas. Em todo caso, seja qual for a impressão inicial causada pela leitura do texto, a tônica predominante é a de instituição de um sistema descentralizado de regulação das atividades humanas na Zona Costeira, através de um zoneamento de usos e atividades, e de um conjunto de normas com caráter obrigatório, sancionado pelo poder de polícia.²⁹¹

Nota-se aqui a preocupação do autor com regulação das liberdades, mediante a imposição de limitações administrativas a incidir sobre a esfera patrimonial do cidadão, especialmente o direito de propriedade e livre iniciativa, como mecanismo eficiente e legal de controle das intervenções humanas no litoral, sobretudo em relação aos usos e atividades que a livre disposição de bens imobiliários proporciona.

Claro que o tema apresenta inúmeros e graves desdobramentos, como os exemplos seguintes, apontados por Rufino: *“o tratamento que se deva conceder ao ordenamento espacial do litoral, ao controle do processo de urbanização e à regulamentação das atividades industriais, turísticas e pesqueiras, além da necessária cumulação normativa sobre terrenos de marinha, marinas e portos de recreio, dunas, mangues, acrescidos sobre o mar e praias.”*²⁹²

A proposta de Rufino em relação ao equacionamento de uma gestão litorânea que resguarde e harmonize a preservação desse ambiente reconhecidamente raro e frágil e o desenvolvimento ou crescimento econômico, foi formulada nas seguintes bases:

291 RUFINO, Gilberto d'Ávila. Gerenciamento costeiro. Aspectos legais. S.l. sd. s.p.

Obs: O trabalho mencionado foi escrito como parte das ações que foram determinadas pela Portaria nº 091/91, de 22 de outubro de 1991, do Secretário do Meio Ambiente da Presidência da República, ao Grupo de Trabalho encarregado de apresentar uma proposta de estratégia de implementação do Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro, e realizado no âmbito de contrato celebrado com o Programa da Nações Unidas para o Meio Ambiente [Bra/90/005- Umbrella Environment]

292 *ibidem*.

Consiste em submeter as atividades humanas sobre o litoral a um modelo normativo especial, cujos dispositivos visam o aperfeiçoamento ou a transformação do sistema legal, considerado como incompleto ou mesmo responsável pela degradação do litoral. Nesse caso, o novo estatuto normativo também pode, em lugar de absorver toda a temática, suprir as omissões de outros diplomas, inserindo nesses as modificações necessárias.²⁹³

Por derradeiro, sublinha o mesmo autor a necessidade da criação de um modelo de gestão centralizada do litoral, basicamente constituído por uma agência ou organismo oficial encarregado de sua administração, dotado de poder polícia, que viesse a substituir inteiramente as estruturas tradicionais da administração estatal, destacando ainda que *“uma das tendências mais promissoras, parece ser a de instituir-se um órgão de coordenação, em certos casos acumulando poderes normativos com a gestão de recursos financeiros a serem destinados aos órgãos descentralizados aos quais é delegada a atribuição de aprovar planos regionais ou locais de gerenciamento”*.²⁹⁴

4.4 FUNÇÃO TURÍSTICA DA PROPRIEDADE — UM CONCEITO

Para nós, portanto, existe, à luz dos princípios e referências legais examinadas até aqui, a possibilidade de se atribuir à propriedade uma função turística, perfeitamente sintonizável com as suas funções sociais e ambientais, que poderia assim ser conceituada:

A propriedade, pública ou privada, rural ou urbana, cumpre sua função turística quando, tomada em conjunto ou individualmente, não interfere na harmonia e contribui para a preservação e valorização de locais ou porção do território que desencadeiam e favorecem o fenômeno turístico e o especial interesse de visitação, ante seu grande significado histórico, artístico, paisagístico, pitoresco, natural, estético, arqueológico, paleontológico, ecológico, científico ou cultural, ou traduzam referências à identidade, à ação, e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade nacional.

293 ibidem.

294 ibidem.

Assim, em consonância com os valores apontados pela Constituição Federal de 1988, em especial aqueles descritos no inciso V, do Art. 216, acolhido o conceito acima formalizado, já é perfeitamente possível conferir um tratamento inovador em relação a intervenções humanas e empresariais em áreas e locais de interesse e valor turístico. Isto porque a aplicação a casos concretos dos princípios de ordenamento territorial vinculados à prevalência dos valores preconizados no aludido art. 216, inc. V, da CF/88, induz a obediência a parâmetros de cunho urbanístico cogentes, vivos e positivados na ordem jurídica nacional, sujeitos a auto-executoriedade do poder de polícia da administração.

Pensar que tal elenco de diretrizes constitucionais está desprovido de alcance e significado, traduz, no mínimo, desconsideração a um enorme e bem engendrado elenco de leis ordinárias, expedido nos três níveis governamentais, que, ademais, estabelece usos e atividades admitidas, aliados ao aproveitamento com preservação de recursos naturais, e de aplicação imediata em relação aos valores insistentemente repetidos, relativos ao conceito de patrimônio cultural brasileiro e apontados no art. 216, da Constituição Federal de 1988.

Falta, não obstante, desenvolver maior e melhor conscientização e em relação à existência do regramento jurídico que aqui buscamos sublinhar, mormente para concluir que o exercício tanto da propriedade pública quanto da privada, urbana ou rural, se inserida num contexto de interesse turístico, estará limitado e condicionado à prevalência dos valores alinhados no conceito de função turística da propriedade, sujeito ainda aos poderes relativos à polícia administrativa.

CAPÍTULO III — DO DOMÍNIO PÚBLICO E PATRIMÔNIO TURÍSTICO. INSTRUMENTOS DE TUTELA CIVIL

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O patrimônio turístico, variável de peso na conceituação do patrimônio cultural brasileiro, extraordinária fonte de circulação de riquezas, quando bem administrado reverte, principalmente, em benefício da coletividade como fonte inesgotável de bem-estar, harmonia e satisfação geral, além da conseqüente valorização da propriedade, pública ou privada.

Aspecto destacado é o referente á titularidade dos bens culturais, quando inseridos na noção de patrimônio turístico, item a ser esclarecido, haja vista os mecanismos judiciais e extrajudiciais postos à disposição de agentes públicos ou particulares dispostos a defendê-lo e resguardá-lo contra a descaracterização e o comprometimento.

O patrimônio turístico, como base para a instalação do fenômeno turístico, concebido como a especial atração para a visitação, apresenta curiosa simbiose entre bens, valores e direitos, tanto materiais como imateriais, apresentando-se ele próprio como valor, em sentido amplo, palpável, visível, mas imaterial.²⁷⁰

Com efeito, o fenômeno somente se desencadeia quando presente perfeita sintonia entre preservação e as várias categorias de bens materiais e imateriais sobre as quais incidirá.

Assim, poderá ele se instalar em razão de um acidente natural grandioso, do qual é exemplo máximo no Brasil as Cataratas do Iguaçu. Poderá derivar da simples preservação de edificações históricas, como nas cidades históricas de Minas Gerais. Poderá advir da presença marcadamente moderna do gênio humano como no Distrito Federal, cidade tombada e inscrita como Patrimônio da Humanidade. Poderá incidir frente á pura harmonia da paisagem, como na

270 v. cap. I, p. 19-20.

hotelaria rural, ou em relação aos balneários da orla marítima brasileira. Poderá ser reflexo de meras manifestações folclóricas, como as festas de outubro em Santa Catarina, em especial a Ocktober Fest, em Blumenau, ou o Carnaval por todo o Brasil; religiosas como o Círio de Nazaré em Belém, ou os festejos e demonstrações de fé, em homenagem à Nossa Senhora Aparecida, em Aparecida do Norte. Enfim, colhe-se que qualquer tentativa de esgotamento das hipóteses das variáveis de composição do patrimônio turístico é tarefa manifestamente impossível.

Não obstante, conceituar juridicamente tais bens, valores e direitos, um por um, embora palpavelmente existentes, também mostra-se tarefa impossível, como sublinha a doutrina francesa citada alhures, que, com inteira razão, aduz bastar para a sua defesa a presença no direito positivo do princípio legal de sua existência, caracterizado como interesse geral público, já que as hipóteses e variáveis se projetam e se multiplicam ao infinito.²⁷¹

Por outro lado, verifica-se que tal fenômeno, ao assentar-se em decorrência da existência de um patrimônio turístico palpável e mensurável, independe das dominialidades ou propriedades que possam titular os bens que lhe compõem, uma vez que é indiferente à magnitude do fenômeno, estarem eles catalogado como de uso comum do povo, patrimônio privado, ou domínio das pessoas jurídicas de direito público interno, já que, em relação à sua natureza jurídica, o patrimônio turístico — juntamente como os bens, direitos e valores que o integram — é um bem de uso comum povo.

271 v. cap. II, p. 125 e nota de rodapé nº 263.

2. DO DOMÍNIO E DA PROPRIEDADE

2.1 DO DIREITO DE DOMÍNIO E DO DIREITO DE PROPRIEDADE

Assim, cabe formular distinção entre direito de domínio e direito de propriedade, visto tratarem-se de relações jurídicas distintas, porém perfeitamente aplicáveis, no mesmo sentido e com a mesma intensidade, tanto em sede pública quanto em sede de patrimonialidade privada.

Conforme Pontes de Miranda, o direito de domínio é o direito delimitado quanto ao conteúdo, mas dentro desse, “ilimitado” de poder (dominica potestas) sobre a coisa.²⁷²

Em consequência, colhe-se que direito de domínio não é ilimitado, como sabidamente também não o é o direito de propriedade, valendo não obstante sublinhar que seu conteúdo não é derivação *a priori*, mas ao contrário, *a posteriori* e definido em lei.²⁷³

Esclarecendo, nesta hipótese de determinação positiva em relação ao domínio, “as leis, sempre como regras jurídicas de direito material, ainda que heterotópicas, traçam-lhe os limites, determinando-lhes o conteúdo assim definido. Esse traçado de limites não limita; delimita, define”.²⁷⁴

Releva então sublinhar que tais limites não se confundem com limitações, consideradas estas como *minus*, tanto frente a uma situação de plena normalidade, quanto em relação às determinações negativas do conteúdo do direito de domínio, já que aqueles (os limites) representam traçado legal em sentido positivo.²⁷⁵

²⁷² cf. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**. 4 ed., t. XI, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p. 30-1.

²⁷³ cf. MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Dez anos de pareceres**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1976, vol. 8, p. 243.

²⁷⁴ ALVES, Vilson Rodrigues. *Uso Nocivo*....op. cit. p.98.

²⁷⁵ cf. id. p. 99.

Com apoio na doutrina, o esclarecimento:

Ainda: não significa, esse estabelecimento de limites, que se exclua, ou que se excluam, faculdade, ou faculdades. Nem mesmo se se toma “traçado legal de limites” por “limitações”: a regra jurídica limitativa de conteúdo (que obviamente, pressupõe um conteúdo previamente traçado, e traçado por lei: o direito de domínio não tem um conteúdo jusnaturalístico, a priori) pode não excluir, mas apenas diminuir o poder jurídico que se “pode” exercer.²⁷⁶

O conceito de direito de domínio é unitário, porquanto a determinação de seu conteúdo, positivamente delimitado por limites e negativamente limitado por limitações ou restrições em relação às incursões alheias, ambos com base em dicção legal, não representa possa a ordem jurídica admitir espécies diferenciadas de direito de domínio, eis que o poder jurídico exercitável sobre a coisa é ilimitado.²⁷⁷

Tal afirmação resta esclarecida, quando da análise da eficácia *erga omnes* do direito de domínio, já que esta eficácia não está centrada no pólo ativo, mas sim direcionada ao passivo, isto é “todos menos o titular do direito de domínio, com o dever jurídico de abstenção”.²⁷⁸

Colhe-se, pois, que relações jurídicas que tenham por objeto bens incorpóreos não são relações de domínio, porquanto somente as coisas admitidas como bens corpóreos podem ser objeto do direito dominial, como coisa apreciada na sua integralidade e já como bem.²⁷⁹

O Conselheiro Lafayette assim definiu o domínio: “**Domínio** é o direito real que vincula e **legalmente** submete ao poder absoluto de nossa vontade a coisa corpórea, na substância, acidentes e acessórios”.²⁸⁰ (grifos no original)

Nota-se aqui flagrante estreiteza do conceito frente ao de direito de propriedade, muito mais amplo e abrangente, porquanto neste está inclusa a pos-

276 *ibidem*

277 *ibidem*

278 *ibidem*.

279 cf. MONTEIRO Washington de Barros. Curso de Direito Civil Brasileiro, Direito das Coisa. 21 ed. rev. atual., São Paulo: Saraiva. 1982 p. 88. PORTUGAL, Altino. Domínio (Direito Civil), in Enciclopédia Saraiva do Direito, v.29 p. 325-8. e ALVES Vilson Rodrigues. Uso Nocivo.. op. cit. p. 105.

280 PEREIRA, Lafayette R. Direito das coisas. op. cit. p. 78.

sibilidade do objeto centrado em bem incorpóreo.²⁸¹

O dizer doutrinário:

Quando se diz “direito de propriedade” em vez de “direito de domínio”, como que se acerta e erra: acerta-se, uma vez que o que se contém na relação jurídica de domínio, também se encontra na relação jurídica de propriedade; erra-se, porque o que está na relação jurídica de propriedade não é só o que se contém na relação jurídica de domínio.²⁸²

Tal distinção emerge com singular clareza do confronto dos institutos privados do condomínio, compropriedade e comunhão.

A comunhão denota um único (ou que se torna único) objeto de relação jurídica e mais de um sujeito, objeto este não necessariamente real, eis que há a comunhão de dívida.

Assim, na compropriedade a comunhão será de direito de propriedade; no condomínio, de direito de domínio.

A fonte doutrinária:

Na comunhão, há pluralidade de sujeitos de direito. Na compropriedade, pluralidade de sujeitos de direito de propriedade e, no condomínio, de domínio. Os conceitos, pois, são de abrangência diversa, em decrescimento: há mais na compropriedade do que no condomínio e mais na comunhão do que na compropriedade, onde somente se alude a direito de propriedade em comunhão. Não se justifica, assim, ter-se compropriedade como conceito equivalente a condomínio[...].²⁸³

A distinção aqui examinada, representa grande valia e aplicabilidade no pertinente às dominialidades públicas, mormente frente à constatação que patrimônio turístico, em muitas hipóteses, ali se acomoda e incide.

2.2 DO DIREITO DE DOMÍNIO E DOMÍNIO PÚBLICO

²⁸¹ cf. PONTES DE MIRANDA, as energias, desde que possam ser separadas de sua fonte, como a luz, calor, força, frio, som, radioatividade, genética de reprodutores e semelhantes — são bens suscetíveis de apropriação e, portanto objeto de direito de propriedade. Tratado de direito privado, II/ 144-5 e XI/63-4.

²⁸² ALVES, Vilson Rodrigues. *Uso Nocivo...* op.cit. p. 102.

²⁸³ id.p. 106.

Preceitua o art. 65 do Código Civil que “são públicos os bens do domínio nacional, pertencentes à União, aos Estados e aos Municípios”.

O mesmo Diploma Civil — no art. 66 — divide os bens públicos em três classes:

I — os de uso comum do povo, tais como os mares, rios, estradas, ruas e praças;

II — os de uso especial, tais como os edifícios ou terrenos aplicados a serviço ou estabelecimento federal, estadual ou municipal;

III — os dominicais, isto é, o que constituem o patrimônio da União, dos Estados ou dos Municípios, como objeto pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.

Segundo Ruy Cirne Lima, tal definição de classes de bens públicos merece complementação inclusive de denominação:

Chama-se aos bens do primeiro grupo “bens do domínio público”; aos do segundo “bens patrimoniais indisponíveis”; e aos do terceiro, “bens patrimoniais disponíveis”. Respeito às duas últimas classes de bens, a denominação atende mais às consequências de sua condição jurídica do que à condição mesma. Daí devermos preferir chamar-lhes “bens do patrimônio administrativo” aos bens patrimoniais indisponíveis, os quais, somente por estarem aplicados a serviço ou estabelecimento administrativo, é que se tornam indisponíveis; e bens do “patrimônio fiscal” aos bens patrimoniais disponíveis, os quais, também, somente por estarem destinados a serem vendidos, permutados ou explorados economicamente pelas autoridades fiscais, no interesse da administração, é que são declarados disponíveis.²⁸⁴

Tal elenco de bens, por outro lado, está submetido a regime jurídico especial, derogatório do comum. Os bens do domínio público e do patrimônio administrativo por si só, sendo possível estender tal regime, por expressa disposição de lei, também aos bens do patrimônio fiscal.²⁸⁵

Obviamente que regime jurídico especial importa em determinação prévia de situação de fato especial, que singulariza o domínio público e o patri-

²⁸⁴ LIMA, Ruy Cirne. *Princípios...* op. cit. p. 74.

²⁸⁵ *ibidem*.

mônio administrativo, especialmente porque tal regime consiste na “tríplice regulamentação de sua inalienabilidade, imprescritibilidade e impenhorabilidade”.²⁸⁶

Na busca e aferição deste traço distintivo, capaz de singularizar os domínio público e o patrimônio administrativo, Ruy Cirne Lima aduz com precisão que, indubitavelmente, não é o fato de tais bens se constituírem em bens de propriedade do Estado que lhes singulariza, *justamente porque na condição de proprietário o Estado se submete ao regime do direito comum*.²⁸⁷

Por outro lado, também não é o uso que dos respectivos bens é feito na sociedade política, já que comum é o uso dos bens sociais na sociedade universal, consoante o dizer do art. 1347, do Código Civil e especial o uso na sociedade particular, nos termos do art. 1371 do mesmo Código.²⁸⁸

Diante de tais ponderações, onde se situa o sinal distintivo?

A resposta é formulada por Ruy Cirne Lima, ao asseverar que tal sinal de distinção dos bens do domínio público e do patrimônio administrativo repousa no “fato de participarem da atividade administrativa da União, dos Estados, dos Municípios, ou das entidades autárquicas”.²⁸⁹ *art. 26 CF/88*

Por outro lado, o renomado mestre sublinha que tal distinção é tão evidente em sede de bens de uso comum, que a própria lei civil não os declara como pertencentes à União aos Estados ou aos Municípios, *mas os declara pertencentes à administração, nos termos do art. 68 do Código Civil*.²⁹⁰

A propósito, o alerta de Hely: “Mas advirta-se que as normas civis não regem o domínio público; suprem, apenas, as omissões das leis administrativas”.²⁹¹

E conclui, sustentando que se a administração pública é caracterizada pela vinculação a um fim, tal atributo de vinculação também marcará os bens

286 id.p. 78.

287 ibidem.

288 id. p. 75.

289 ibidem

290 ibidem . “Tão saliente é essa feição daqueles bens que o próprio Código Civil, respeito aos bens de uso comum, ao invés de declará-los pertencentes à União, Estado ou Município, a cuja administração porventura servirem, por uma figura de linguagem, corrente no nosso Direito Administrativo, desde logo os declara pertencentes à administração pública mesma (art. 68).

291 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo...op. cit.p. 427.

do domínio público, sem possibilidade de sobre eles serem exercitados os poderes relativos ao direito de propriedade, como direito preponderante:

Ora, traço característico da administração pública é estar vinculada — não a uma vontade — porém, a um fim. Logo, este há de ser, também, um dos atributos dos bens do domínio público e do patrimônio administrativo. Costuma dizer-se que os bens do domínio público, por natureza, e os do patrimônio administrativo, por destino, são insusceptíveis de propriedade, quer dizer, de vincular-se, pelo laço do direito real, a uma vontade ou personalidade”.²⁹² 293

(Frente a esta conclusão, é jurídico sustentar que o domínio público é formado por “todos bens, pertençam a quem pertencerem, que participam da atividade administrativa e se acham, por isso mesmo, vinculados aos fins desta”.²⁹⁴

Conseqüentemente, a relação jurídica na qual penetram os bens de domínio público e os componentes do patrimônio administrativo não é de *propriedade*, mas *relação de administração*, eis que “na propriedade, cabe ao proprietário a faculdade de excluir; no domínio público, quanto aos bens de uso comum, ao utente, a pretensão a não ser excluído”.²⁹⁵

2.3 DA PROPRIEDADE PRIVADA, DO DOMÍNIO PÚBLICO, DOMÍNIO EMINENTE E DA TITULARIDADE COLETIVA

Sustenta a doutrina publicista que os administrativistas convergem em uníssono na afirmação de que o domínio público, tal qual o direito de propriedade, somente é exercitável sobre bens pertencentes às entidades públicas, e

²⁹² LIMA, Ruy Cirne. Princípios... op. cit. p. 75.

²⁹³ Apud LIMA, Ruy, Princípios.. p. 75 em nota de rodapé nº 8: — Rodrigo Otávio, Do Domínio da União e dos Estados, São Paulo, 1924, nº 36, p. 63: — “ pôsto que domínio público se manifeste mais efetivo que o domínio eminente, não tem ainda o caráter de propriedade...No domínio público se distinguem os bens que dêle fazem parte por natureza e os que por destino lhe são incorporados...”.

²⁹⁴ id. p. 76

²⁹⁵ v. cap. II, p. 82-83.

que, como manifestação de Soberania interna, alcança, além dos bens públicos, também as coisas particulares de interesse coletivo, já que o “Estado, como Nação politicamente organizada, exerce poderes de Soberania sobre todas as coisas que se encontram em seu território”.²⁹⁶

Assim posta a questão, verifica-se que o domínio público, como categoria jurídica, ostenta tríplice significado, já que ora representa o poder exercido pelo Estado sobre seus próprios bens, ora poder direcionado sobre bens alheios e ainda condição desses mesmos bens.

E à essa elasticidade conceitual correspondem três desdobramentos, adjetivados pela doutrina em relação ao campo de suas incidências.

Então, o desdobramento político é denominado doutrinariamente como domínio eminente; o jurídico como domínio patrimonial; e o poder estatal de dominação ou de regulamentação, exercido sobre seus bens próprios (bens públicos), ou sobre os bens do patrimônio privado (bens particulares de interesse público), ou ainda sobre as coisas inapropriáveis individualmente, mas de fruição coletiva e generalizada (*res nullius*), domínio público em sentido amplo.²⁹⁷

Especificamente sobre o domínio eminente, citando Carlos Garcia Oviedo, escreveu Paulo Henrique Blasi:

A teoria do DOMÍNIO EMINENTE teve sua origem no direito romano e feudal “recolhida logo pela Monarquia na França e na Inglaterra” (16). Referindo-se à teoria, diz OTTO MAYER que a desapropriação “comienza por formar parte de esta serie de derechos especiales que se fué consolidando más tarde em manos de los príncipes hasta llegar a constituir la soberanía. El poder de incautarse da la propiedad privada cuando él interés público lo exige, se reconoce como **derecho de supremacía**”(17). Segundo tal conceito “este derecho estaría sobre todo otro derecho, constituyendo un derecho eminente (**jus eminens**), que referido a la propiedad, es decir, concretado en una forma particular por su objeto, se denomina “**dominium eminens**”. (18) (grifos no original).²⁹⁸

Verifica-se, pois, que a propriedade privada — e o direito correspondente — ingressa nesta relação conceitual, frente à predominância do público sobre o privado, em dois momentos distintos:

a) No primeiro, embutida precisamente na noção ampla e genérica de domínio público, que abrange tanto os bens das pessoas jurídicas de Direito Público interno, quanto as coisas representativas de utilidades coletivas, como, v.

²⁹⁶ cf. MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo... op.cit. p. 425-426.

²⁹⁷ cf. MEIRELLES Hely Lopes. direito Administrativo ...op. cit. p. 426.

²⁹⁸ BLASI, Paulo Henrique. Da desapropriação ... op. cit. p. 13.

g., as águas, as florestas ou as coisas de interesse ao patrimônio histórico, artístico, paisagístico e turístico.²⁹⁹

b) No segundo, como resultado da submissão ao poder político do Estado, manifestação de Soberania interna, que se exerce sobre todas as coisas de interesse público, sob a forma de domínio eminente, que não se confunde assim com o conceito de propriedade estatal, e que não admite restrições, salvo aquelas condicionantes da ordem jurídico-constitucional e aos princípios, garantias e direitos estabelecidos na Constituição.³⁰⁰

Todas essas variáveis culminam por integrar o conceito de patrimônio público, também definido como “o conjunto de bens de qualquer natureza e espécie que tenham interesse para a Administração e para a comunidade administrada”³⁰¹.

Não obstante, colhe-se que a Administração em geral, via de regra, despreza tais noções, quando da gestão e intervenções materiais em sítios que representam valor turístico, seja como variável de composição do patrimônio propriamente dito, ou mesmo na qualidade de bens, direitos ou valores turísticos.

Tome-se aqui o exemplo negativo da União Federal.

Diz a Constituição Federal de 1988, no art. 20, que se incluem entre os bens da União:

a) as terras devolutas indispensáveis à defesa do País, às vias de comunicação e à preservação ambiental:

b) os lagos, os rios ou quaisquer correntes de água que estejam em seus domínios, ou que banhem mais de um Estado, sirvam de limites com outros países ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham, as terras marginais e as praias fluviais:

c) as ilhas fluviais e lacustres nas zonas limítrofes com outros países; as praias oceânicas e as marítimas, excluídas as já ocupadas pelos Estados e Municípios:

299 *ibidem*

300 *id.* p. 427. E ainda: “Em nome do domínio eminente é que são estabelecidas as limitações ao uso da propriedade privada, as servidões administrativas, a desapropriação, as medidas de polícia e o regime jurídico especial de certos bens particulares de interesse público. Esse poder superior (eminente) que o Estado mantém sobre todas as coisas existentes em seu território não se confunde com o direito de propriedade que o mesmo Estado exerce sobre as coisas que lhe pertencem por aquisição civil ou administrativa. Aquele é um domínio geral e potencial sobre bens alheios; este é um domínio específico e efetivo sobre bens próprios do Estado, o que o caracteriza como um domínio patrimonial, no sentido de incidir sobre os bens que lhe pertencem”.

301 *id.* p. 428.

- d) a plataforma continental e seus recursos naturais;
- e) mar territorial;
- f) os terrenos de marinha e seus acrescidos;
- g) os recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica;
- h) as cavidades naturais subterrâneas, assim como os sítios arqueológicos e pre-históricos;
- i) as terras onde se acham tradicionalmente localizados os índios;
- j) os bens que atualmente lhe pertencem ou que lhe vierem a ser atribuídos.

Essa ordem constitucional quer representar o indicativo patrimonial da União, sob a viseira da propriedade e do direito real. E tanto é assim, que a própria Constituição assegura aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, conforme dispuser a lei, uma participação no resultado da exploração econômica e do aproveitamento de todos os recursos naturais, em seus territórios, bem como da plataforma continental e do mar territorial respectivo.

Sucedendo que tal direcionamento proprietário tem conduzido à equivocada interpretação de que sobre estes bens assenta-se domínio pleno e exclusivo da União Federal, em termos de impedir ou reduzir a participação de Estados-membros, Municípios e principalmente da coletividade, em relação ao direcionamento na utilização desses bens.

Para tanto, basta ver o teor da legislação sobre bens públicos da União, inteiramente fragmentada, dispersa e quase sempre desconforme com os anseios coletivos.

O destaque vai para o Decreto-lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946, alterado pela Lei 7.450, de 23 de dezembro de 1985, que é a lei geral em sede de imóveis federais; o Decreto-lei 178, de 16 de fevereiro de 1967, que dispõe sobre a cessão de imóveis da União; o Decreto-lei nº 1.414, de 18 de agosto de 1975, que dispõe sobre a ratificação das concessões alienações de terras devolutas na faixa de fronteira; a Lei 6.383, de 7 de dezembro de 1976, que rege o processo discriminatório de terras devolutas; a Lei 6.431, de 11 de julho de 1977, que autoriza a doação de terras devolutas a Municípios da Amazônia Legal, regulamentada pelo Decreto 80.511, de 7 de outubro de 1977; o Decreto-lei 1.561, de 13 de julho de 1977, que dispõe sobre a ocupação de terrenos da União, a Lei 6.634, de 2 de maio de 1979, que dispõe sobre faixa de fronteira, o Estatuto da Terra e por fim, a malfadada Medida Provisória nº 1567, de 14 de fevereiro de 1997, que dispõe sobre a regularização, administração, aforamento e alienação de bens imóveis de domínio da União e regulamenta o §2º do art. 49, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Depreende-se que a legislação de disciplinamento do domínio da União privilegia o aproveitamento particular de tal patrimônio, sem qualquer re-

ferência às variáveis ambientais, e em consequência ao interesse coletivo maior, mesmo porque ao tempo da publicação dos textos legais em questão, mormente o Decreto-lei nº 9.760/46, esta preocupação sequer existia como fator de expressão de anseio social.

Ademais, colhe-se que mesmo o texto constitucional 88, ao descrever o elenco de bens pertencentes à União, refere-se à preservação ambiental tão-só em relação às terras devolutas, segundo o teor do art. 20, II.

Ora, se domínio eminente é expressão da Soberania a ponto de alcançar os bens da propriedade privada, como muito mais razão, tal domínio alcança e subjuga os bens pertencentes às entidades de públicas.

Colhe-se, pois, que titularidades coletivas suplantam o alegado amplo domínio estatal, sempre que entrar em cena uma visão ultrapassada de livre disposição dessas propriedades.

Estas titularidades nada têm em comum com a propriedade estatal, e muito menos almejam defendê-la, mesmo porque, para defender a sua posse, dispõe a União, assim como as demais entidades públicas, dos mecanismos judiciais do direito comum, especialmente a reintegração.

Dentre as titularidades da coletividade inscreve-se o patrimônio turístico, como bem de uso comum povo, sujeito à defesa judicial e extrajudicial, por mecanismos que nada têm em comum com interesses das pessoas jurídicas de Direito Público interno na condição de proprietários, e em discussões que sequer aventam sobre a propriedade estatal ali incidente.

Curiosamente, a União reconhece tal estado fático, porém em textos administrativos e não em leis expressamente.

Tome-se como o exemplo mais significativo o teor da Portaria nº 583, de 12 de agosto de 1992, expedida pelo Ministro de Estado da Economia, Fazenda e Planejamento, publicada no Diário Oficial de União, edição de 14 de agosto de 1992, Seção I, 11057, que tem por finalidade estabelecer critérios para a inscrição de ocupação a título precário, de imóveis de domínio da União.

Reconhecendo que a União Federal deu destinação privada a áreas que não poderia dispor, preconiza a Portaria o seguinte:

Art. 3º — Ressalvados os casos especiais autorizados por lei, é vedado à ocupação — independentemente das providências que deverão ser tomadas, objetivando a imediata reintegração da posse, e a aplicação as penalidades legais cabíveis — que concorra ou tenha concorrido para comprometer a integridade das áreas de uso comum do povo, da segurança nacional, de preservação ecológica, das reservas indígenas, das vias de navegação e congêneres.

Parágrafo único — as ocupações **já inscritas** que contrariem o disposto neste artigo deverão ser canceladas, adotando-se as medidas legais para a reintegração da posse. (original sem grifos)

Ora, portaria, sabidamente, são espécie do gênero atos administrativos ordinatórios, que visam disciplinar o funcionamento da Administração e a conduta funcional de seus agentes. Como provimentos internos que são, determinam ou esclarecem servidores públicos no desempenho de suas atribuições, derivados do exercício do poder hierárquico, porém sem a força de lei:

Os atos ordinatórios da Administração só atuam no âmbito interno das repartições e só alcançam os servidores hierarquizados à chefia que os expediu. Não obrigam os particulares, nem os funcionários subordinados a outras chefias. São atos inferiores à lei, ao decreto, ao regulamento e ao regimento. Não criam, normalmente, direitos ou obrigações para os administrados, mas geram deveres e prerrogativas para os agentes administrativos a que se dirigem.³⁰²

Assim, *portarias* não atingem e nem representam instituição de obrigações aos administrados, eis que, como o decidido pelo STF, não está o cidadão sujeito ao poder hierárquico da Administração.

Apenas para ilustrar, o dizer do Supremo Tribunal Federal:

Dentre as fontes do Direito Administrativo não se encontram as portarias ministeriais, de simples instrução a seus subordinados e incapaz de revogar a lei. Diante do direito expresso, não tem lugar invocação a equidade.³⁰³

Tal não quer dizer esteja o interesse da coletividade inserto nos domínios da União inteiramente ao desabrigo e subjugado à vontade do Executivo, titular dos direitos de propriedade.

E considerando-se que outras categorias de interesses estarão sempre presentes, como prevalentes na gestão dos bens, direitos e valores que compõem e integram o patrimônio turístico, faz-se necessário examiná-los.

302 MEIRELLES, Hely Lopes, Direito Administrativo... op. cit. p. 166.

303 Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº12555 — Rel. Min. Orozimbo Nonato. Acórdão unânime da 2ª Turma do STF, j.7.5.1946. publicado na Rev. Forense, v.107, p.65.

3. DO INTERESSE

3.1 NOÇÕES PRELIMINARES. DO INTERESSE SOCIAL, GERAL E PÚBLICO

No plano ético-normativo, “o interesse interliga uma pessoa ao um bem da vida, em virtude de um determinado valor que esse bem possa representar para aquela pessoa. A nota comum é sempre a busca de uma situação de vantagem [...]”³⁰⁴

Muito embora a evidência de que tal afirmação conceitual apresenta validade tanto para a realidade fática quanto para o universo jurídico, o certo é que mostra insuficiência, porquanto não sublinha a necessária e básica diferença entre essas duas esferas de atuação.

Tal distinção assenta-se no campo da valoração e no plano de flexibilidade do conceito.

Assim, em sede fática a incidência apresenta-se variável e flexível, justamente frente ao seu conteúdo lato, já que o campo valorativo está deferido ao sujeito, livremente.

O mesmo não ocorre quando a sede é o interesse jurídico, eis que a

³⁰⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesse difuso: conceito e legitimação para agir**. 2º ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 1991. p.13.

medida de valoração é prefixada na norma.³⁰⁵

Ao contrário, o conceito amplo de interesse, incidente no mundo fático, não apresenta qualquer ponto referencial, podendo livremente se expandir, mutar ou divergir, dada a indeterminação do seu campo de incidência, independente e autônomo frente aos dizeres ético ou normativos da norma. No plano jurídico, o fenômeno é inteiramente diverso, já que a referência será o valor certo, anotado na norma.

Segundo o dizer doutrinário, as expressões em questão (interesse geral, social ou público) praticamente se equivalem, resultando que nenhuma delas apresenta distinção relevante e específica de conteúdo em relação às demais.³⁰⁶

Se tomadas como sinônimas, colhe-se que, independentemente de elementos identificadores, culminam por integrar um denominador comum, representado pela categoria dos interesses metaindividuais.

Releva, por outro lado, alinhar algumas diferenças, que se não alteram a essência dos conceitos, prestam-se, por outro lado, para delimitar as duas grandes vertentes de situação dos interesses, quais sejam, a ordem coletiva e a ordem individual. Esta distinção, ademais, esclarece a questão da propriedade e da livre disposição de bens, quando da incidência de valor turístico extraído da mera engenhosidade humana. Assim o particular de detentor de empreendimento turístico dele pode dispor livremente, sem estar atrelado a dispositivos cogentes que o obriguem a dar continuidade a seu negócio.

Concretamente, o titular de um empreendimento privado de valor turístico, como por exemplo um parque temático, pode perfeitamente encerrar suas atividades conforme for da sua conveniência financeira e mesmo mudar o local de suas instalações, sem que isto represente qualquer ofensa a valores coletivos. Por outro lado, o mesmo titular, dispõe de ações privadas e do mandado de segurança individual, para garantir a prevalência do valor turístico do empreendimento, frente a condutas que lhe venham comprometer a essência.

Sob esta ótica, nem tudo que é coletivo necessariamente estará abrigado pela amplitude da expressão “bem comum”. Isto é, não basta somar ou justapor interesses individuais para a obtenção de um produto essencialmente coletivo e público, ou mais além, que produza interesses de natureza “social”. Isto quer dizer que exercitar coletivamente interesses individuais não conduz obrigatoriamente ao interesse metaindividual.

O apoio doutrinário:

305 id. p. 14.

306 cf. id. p. 25-26.

“Por outras palavras, nada impede que se chame “social” ao interesse perseguido por uma empresa, desde que se tenha presente que por tal expressão se quer significar o exercício coletivo de interesses individuais. Quer dizer: é o indivíduo fazendo, em grupo, o que poderia fazer por si mesmo”³⁰⁷.

Esta postura egoística e individual não pode ser confundida com o autêntico interesse social, isto é, o bem comum representado pelos interesses que atendem à maioria, que os escolheu espontaneamente.³⁰⁸

Mauro Cappelletti, ao abordar o “social”, aduz a idéia de desprivatização jurídica de interesses tradicionalmente admitidos como privados: “É, igualmente, um fenómeno de desprivatização do direito, no sentido de que muitos interesses normalmente considerados como privados, sejam desprivatizados, tornando-se sociais. Interesse difusos tipicamente são interesses sociais, e não meramente individuais”.³⁰⁹

No respeitante ao interesse geral, a distinção a ser feita é aquela que põe em destaque que nem sempre os interesses de um ou de diversos grupos sociais corresponderão aos interesses da sociedade no seu todo. Assim, afirmar-se a existência de interesses relativamente gerais, frente àqueles absolutamente gerais.

E a complexa tarefa deferida ao intérprete é a de identificar quando e em que momento um interesse individual, após justaposição e aglutinação, torna-se de relevância como interesse de grupo ou grupos expressivos da sociedade, ao ponto de ser alçado à condição jurídica de “interesse geral”.

Colhe-se, ainda, a similitude de conteúdo entre este e o “social”, já que ambos sugerem oposição e prevalência frente ao meramente “individual”.

De outra banda, a contraposição mais freqüente é aquela relativa ao interesse público. De fato, nota-se no exame das alocações “interesse social” e “interesse geral” uma estreita ligação, ou mesmo afetação, com as noções de “coletividade”.

³⁰⁷ id. p. 20.

³⁰⁸ id. p. 21: “ “Interesse social”, no sentido amplo que ora nos concerne, é o interesse que consulta à maioria da sociedade civil: é o interesse que reflete o que esta sociedade entende “por bem comum”; o anseio de proteção da *res pública*; a tutela daqueles valores e bens mais elevados, os quais a sociedade, espontaneamente escolheu como sendo os mais relevantes”.

³⁰⁹ CAPPELLETTI, Mauro. **Acesso à Justiça**. Conferências proferidas no Plenário da Assembléia Legislativa do Rio Grande do Sul, em 26 e 27.11.84, traduzidas por Tupinambá Pinto de Azevedo, não revistas pelo conferencista. In *Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul*, V. I, n. 18, 1985, p. 24.

Outra é a direção quando presente a expressão “interesse público”, porquanto aqui o preponderante será a presença do Estado, especialmente dado ao teor da tradicional distinção entre o interesse público, admitido como aquele de titularidade estatal, frente ao privado de titularidade do cidadão.

Tal expressão não se afigura como mais abrangente, mormente porque não identificadora do conceito de bem geral, que aliás não coincide e nem se confunde com o interesse do Estado, como pessoa jurídica.³¹⁰

É falsa, pois, a premissa que situa a presença do Estado em primeiro plano quando o tema é “interesse público”.

Isto porque, o interesse público sob a viseira do Estado como titular, via de regra apresenta-se atrelado ao sentido funcional de gestão, e portanto inserto nos limites das discricionariedade, já que é o próprio Estado quem elege as conveniências e oportunidades, tudo debaixo do princípio da finalidade, informado pelo interesse público, sob pena de configuração do desvio de poder. Nota-se que perspectiva dominante aqui é aquela de possibilidade de conflituosidade clássica entre o indivíduo e o Estado.

Foi sob esta ótica mais estreita que Péricles Prade formulou seu conceito, sublinhando tratar-se de noção aplicável ao Estado Federal ao asseverar que “[...] interesses públicos, na ordem jurídica brasileira, são aqueles voltados para a consecução de fins gerais e pertinentes à União, aos Estados aos Municípios e à respectivas entidades de administração indireta ou descentralizada, sujeitos ao regime jurídico de direito público”³¹¹.

Claro que tal perspectiva, embora relevante, não se apresenta como a principal.

Daí o alicerce para a análise do conteúdo do interesse público e da distinção entre primários e secundários.

3.2 INTERESSE PÚBLICO PRIMÁRIO E SECUNDÁRIO

Celso Antonio Bandeira de Mello averba que, em contraposição ao ato civil que busca a satisfação de interesses individuais ou particulares, o ato

³¹⁰ cf. MAZZILI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos... op. cit. p. 20.

³¹¹ PRADE, Péricles. **Conceito de interesses difusos**. Palermo (Italia). São Paulo: Renzo Mazzonne editore. Coleção Themis, 1896. p. 37.

administrativo está preordenado aos interesses supra individuais, correspondendo à busca do interesse público.³¹²

Em consequência, aduz o renomado publicista, que não compete ao Estado defender interesses somente seus, de seu exclusivo benefício, quando “para fazê-lo tiver que transcurar aqueles interesses coletivos qualificados como públicos pelo sistema normativo”.³¹³

Assim, pode legitimamente atuar Estado como pessoa, na condição de “subjetivação de uma organização”, almejando auferir vantagens centradas exclusivamente no proveito e na conveniência do aparelhamento estatal.

Esta atuação ingressará na esfera da ilegitimidade indefensável, sempre que os interesses que lhe deram causa apresentarem-se “descoincidentes com a verdadeira razão do existir do Estado: satisfazer interesses públicos”.³¹⁴

Aqui reside a distinção entre interesse público primário e interesse público secundário, porquanto o verdadeiro interesse público é aquele identificado como bem comum, como interesse social e geral, e portanto primário, bem diverso e muitas vezes divorciado daqueles catalogados como secundários, definidos como “o modo pelo qual os órgãos da administração vêem o interesse público”.³¹⁵

Bandeira de Mello, assevera que tais interesses secundários, que a pessoa governamental possui, tanto quanto os teria qualquer outra pessoa, nem mesmo podem ser adjetivados de públicos, porque não respondem e nem correspondem à sua própria razão de ser.

E passa a apontar exemplos.

Assim, ao mesmo tempo em que tem o Estado interesse em estabelecer remunerações mínimas ao seu quadro funcional, tributa desmedidamente o administrado. Ao tempo em que oferece valores ínfimos nas desapropriações, teimosamente defende em juízo indevidos lançamentos de tributos.

Na conclusão adverte o mestre:

Os exemplos poderiam se multiplicar, que são legiões, pois, a Administração às vezes parece fazer maior empenho em perseguir interesses secundários, ilegítimos, do que em colimar os interesses públicos primários a que está obrigada. Tem-se mesmo a impressão de que este discríme elementar é desconhecido por muitos

312 cf. MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Ato Administrativo...*, op. cit. p. 15

313 *ibidem*.

314 *ibidem*.

315 cf. MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos Interesses difusos..* op. cit, p. 20.

administradores.³¹⁶

Ademais, o interesse público primário ostenta ainda uma característica que lhe impõe distanciamento dos interesses de quem é mero proprietário. Tal característica, que importa em transcendência sobre aqueles que representam tão-só a unidade jurídica do aparelho estatal foi também assinalada por Bandeira de Mello, quando averbou que ao Estado só “assiste perseguir um interesse do qual se pode dizer — em certo sentido — que é um interesse de terceiro: ou seja um interesse alheio: o da coletividade, dos administrados, em geral”.³¹⁷

Vale dizer que o agir estatal é atuação “de quem gere negócio alheio: de quem cura interesses de outrem”.³¹⁸

Daí a afirmação doutrinária:

É certo que, em rigor o Estado encarna tais interesses: os públicos. Personificando-os. Contudo, só os estará realmente representando quando atuar nos estritos limites das finalidades que a Constituição e as leis consagrarem, ao delinear o perfil destes mesmos interesses. Inversamente, não os estará personificando, de direito, quando, a título de fazê-lo, coloca em primazia interesses do organismo estatal personalizado, amesquinhando aqueles que o sistema normativo caracterizou como públicos, porque atinentes à coletividade e por isso mesmo sintetizados na pessoa de Estado.³¹⁹

Assim, o verdadeiro interesse público é o interesse público primário, o bem geral, o interesse de toda a sociedade.

Assentadas essas noções, o passo seguinte é o exame das categorias jurídicas representadas pelos denominados interesses coletivos e difusos.

3.3 DO PROCESSO DE FORMAÇÃO DO “COLETIVO”

³¹⁶ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Ato administrativo.... op. cit. p. 16 e nota de rodapé nº 13.

³¹⁷ id.p.17.

³¹⁸ id. p. 18.

³¹⁹ ibidem.

Anota Mancuso que a despeito da natural antinomia entre o “individual” e o “coletivo” e da inexistência de meio termo capaz de superar tal dicotomia, existe pelo menos a esperança de que interesses individuais possam harmoniosamente conviver com os admitidos como coletivos.³²⁰

A resposta positiva vem alicerçada na evidência de que o homem é um ser gregário, tendente naturalmente a aproximar seus interesses individuais a outros interesses individuais que lhe sejam compatíveis, “com vistas à proteção mútua e melhoria das possibilidades de sucesso para todos”.³²¹

O processo de formação de interesses coletivos é, pois, instintivo e derivado de impulso natural, contínuo, constante e inevitável, além de ostentar um componente de funcionabilidade, já que interesses são mais mais bem exercitados na forma coletiva.³²²

Neste sentido a indagação e a resposta incisiva de Rousseau:

De minha parte, sempre me espanto por não reconhecerem um indício tão simples ou que tenham a má-fé de não concordar a seu respeito. Qual é o fim da associação política? É a conservação e a prosperidade de seus membros.³²³

Por isso o alerta doutrinário:

[...] afigura-se inútil o ignorar ou o minimizar os interesses coletivos e os grupos; isso seria, ao mesmo tempo, desconhecer a natureza humana e lutar contra o inevitável. Atualmente, assiste-se a uma verdadeira “divisão do trabalho”, pelo critério do elemento predominante: os interesses privados, para os indivíduos, os interesses coletivos, para os grupos, o interesse público, para o Estado. Cabe ao Estado

³²⁰ cf. MANCUSO, Rodolfo de Camargo, *Interesses difusos...* op. cit. p. 30-31.

³²¹ id. p. 31.

³²² ARISTÓTELES. **A política**. Trad. Nestor Silveira Chaves. Rio de Janeiro: Ediouro, sd. Coleção Universitária de Bolso. p. 13: “É evidente, pois, que a cidade faz parte das coisas da natureza, que o homem é naturalmente um animal político, destinado a viver em sociedade, e que aquele que, por instinto, e não porque qualquer circunstância o inibe, deixa de fazer parte de uma cidade, é um ser vil ou superior ao homem. Tal indivíduo merece, como disse Homero, a censura cruel de ser um sem família, sem leis, sem lar”.

³²³ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social; Ensaio sobre a origem das línguas; Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens; Discursos sobre a ciência e as artes**. trad. Lourdes Santos Machado; introdução e notas de Paul Arbousse-Bastide e Lourival Gomes Machado. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983, (Os Pensadores), p. 98.

“aceitar” essa “entourage”, conviver com ela, deixar que ela lhe facilite a gestão da coisa pública, ao invés de combatê-la. E sobretudo, cabe ao Estado ter presente que esses três planos não formam compartimentos estanques, mas, ao contrário, eles se interagem e se influenciam mutuamente: daí a necessidade de critérios político-administrativos flexíveis, como reclama a doutrina.³²⁴

Verifica-se assim forte conotação de interpenetração entre “coletivo” e “individual”, que culminou por exacerbar o primeiro, ante a anexação de áreas tradicionalmente afetadas ao “particular”.³²⁵

Tal fenômeno foi cautelosamente anotado por Tércio Sampaio Ferraz Júnior e adjetivado como sendo “publicização do direito”:

[...] a sociedade de massas é uma sociedade que tende a uma publicização do direito e mais a mais a uma estatização crescente do direito. E toda vez que se tenta criar condições para a pessoa ou os grupos se manifestarem, as dificuldades são bastante grandes [...] Acho que na discussão de direitos difuso, é preciso ter cuidado, para saber se estamos realmente falando de direitos, no sentido tradicional, ou se estamos simplesmente julgando a distribuição dos riscos dentro da sociedade.³²⁶

A preocupação assim manifestada, mereceu alentado e convincente esclarecimento doutrinário.

Para Mancuso, o ponto esclarecedor situa-se na identificação do “elemento preponderante” frente ao caso concreto, tomado como indicativo do método de interpretação:³²⁷

É individual o interesse cuja fruição se esgota no círculo de atuação de seu destinatário. Se o interesse é bem exercido, só o indivíduo se beneficia; caso contrário, só ele suporta os encargos. Assim se passa, por exemplo, com interesse do credor em receber seu crédito. [...] quer dizer: a qualificação para o seu exercício é atribuída ao seu portador: o Estado, conforme o caso, não se interessará ou não poderá impedir aquele exercício.

E conclui, sustentando que situando-se os interesses individuais na base do conceito de “direito subjetivo”, o resultado será a fusão entre este e a

³²⁴ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Interesses difusos...op. cit. p. 32.

³²⁵ id. p. 35.

³²⁶ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **A Tutela dos interesses difusos**. Coord. Ada Pellegrini Grinover. (Painel de Debates) São Paulo: Limonad. 1984, p. 156-157.

³²⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Interesses difusos,.. op. cit. p. 35.

“proteção estatal que o chancela e garante, nos casos em que aquele interesse corresponde aos valores “escolhidos” como os mais relevantes em determinada coletividade”.³²⁸

Péricles Prade, por sua vez, adiciona consistente argumentação, centrada na identificação do regime jurídico a que o interesse estará subjugado, como o ponto nevrálgico e identificador, capaz de elucidar a preocupação de Ferraz Júnior, porquanto através de tal identificação torna-se possível apartar os interesses públicos diversos daqueles interesses públicos próprios :

Entendo que o critério formal, caracterizado pela sujeição de determinado interesse ao regime jurídico de direito público, constitui uma das denotações insubstituíveis do conceito de interesse público. Se for excluído, incidir-se-á no domínio do contingente e do imponderável. Há que ser deslocado o debate para o território do direito administrativo, cuja doutrina se expande sobre o conceito de interesse público. Pode-se pensar num regime jurídico próprio de direito administrativo ou, em termos mais amplos, num regime jurídico de direito público.[...] Como será visto em frente, alguns desses casos duvidosos podem ser descartados da esfera dos interesses públicos e aninhados no círculo dos interesses coletivos, distintos dos interesses públicos próprios.³²⁹

3.4 DA RAZÃO DA DISTINÇÃO ENTRE INTERESSES COLETIVOS E DIFUSOS

Preliminarmente, colhe-se que antes do advento da Constituição de 1988, as expressões interesses coletivos e interesses difusos foram utilizadas,

328 id. p. 38.

329 PRADE Péricles. Conceito de interesses... op. cit. p. 36-37.

pela doutrina pátria, como sinônimas.³³⁰

Promulgada a nova Carta Política, a discussão tomou outro rumo. Com efeito, enuncia em sua parte final o art. 129, III, da Constituição de 1988, a legitimação do Ministério Público para a propositura de ação civil pública, direcionada à proteção de quaisquer interesses públicos e coletivos.

Assim, como aliás sublinhou posteriormente Édis Milaré, “ao colocar no texto, lado a lado, interesses difusos e interesses coletivos, usando a conjunção aditiva *e*, em lugar da alternativa *ou*, evidentemente não tomou as expressões como sinônimas, mas como realidades diversas, ou melhor, como espécies diversas.”³³¹

Tal distinção, e na forma como foi enunciada no texto constitucional, importa em sérios e relevantes reflexos em relação ao objeto e titularidade do instrumento processual de que trata (ação civil), porquanto fundamenta a possibilidade de ajuizamento de ação civil pública para a defesa de interesses coletivos da órbita privada, obviamente quando tais interesses transcenderem um mero interesse grupal e se aninharem no amplo sentido da expressão interesses sociais.

Por outro lado, em ambas as hipóteses, a distinção se presta para arredar interposição de argumentação ordinária e individualista, pertinente à problemática processual civil, relativa ao litisconsórcio e intervenção de terceiros, eis que, se presentes os dados fáticos ou jurídicos que a sustenta (a distinção), o caso será sempre de especial tutela da jurisdição.

³³⁰ FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo. MILARÉ, Édis. NERY JÚNIOR, Nelson. *A Ação Civil Pública*. op. cit. p. 57, nota n. 26. “Utilizamos neste trabalho, indiferentemente, como sinônimas, as expressões interesse “difuso”, “coletivo”, “de grupo”, “meta” ou “supra-individual”. Há, no entanto, em doutrina, tentativas respeitáveis de distinguir esses conceitos. Confira-se, a respeito, Anna de Vita (*La tutela degli interessi collettivi*, in *La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato*, p. 350). [...] Era para nós indiferente até aqui distinguir as eventuais categorias dos interesses de grupo, uma vez que adotamos como premissa a consideração de que todos eles são suscetíveis de defesa por intermédio da ação civil pública. Parece, no entanto, conveniente referir, ainda que de passagem, a distinção sugerida por muitos entre os conceitos de interesse difuso e interesse coletivo. O próprio Barbosa Moreira sugere essa separação ao mencionar certos grupos de pessoas com referência às quais é possível identificar uma relação-base de que participam os membros do grupo e um interesse derivado que para cada um dos membros nasce daquela relação, mas que com ela não se confunde. Essa hipótese, que seria a do interesse coletivo, aparta-se então daquela referida no texto imediatamente acima, de inexistência da relação-base, em que o conjunto dos interessados apresenta contornos fluídos, móveis, esbatidos, a tornar impossível, ou quando menos superlativamente difícil, a individualização exata de todos os componentes, hipótese esta do interesse difuso(*A ação popular*... , in *Temas*, cit., p. 111-3”.

³³¹ MILARÉ, Édis. *A ação civil pública*... op. cit. p. 29-30.

3.5 DO INTERESSE COLETIVO PROPRIAMENTE DITO E DO INTERESSE INDIVIDUAL HOMOGÊNEO

Objetivando apartar um conceito juridicamente válido de interesse coletivo, necessariamente é preciso arredar acepções próximas, porém inaplicáveis em sede de interesses metaindividuais.

Primeiramente, urge insistir que a soma de interesses que conduziriam à formação de grupo, como entidade autônoma, não resulta em derivação de coletividade, na acepção do interesse geral.

Isto porque, o interesse que norteará a atuação da entidade convergirá para aquele de acepção restrita, de interesse próprio da pessoa moral ou do grupo em si mesmo, denominado “social”, ou mesmo “pessoal do grupo”, ao invés de coletivo.

Exemplificando, quando uma sociedade civil sem fins lucrativos firma contratos civis, age movida por seus interesses pessoais, normalmente patrimoniais.

Por outro lado, a simples justaposição de interesses individuais também não os transforma em coletivos, justamente porque na essência permanecem individuais, porquanto o que de fato ocorreu foi alteração no modo de seu exercício, já que sempre será possível fazer-se coletivamente aquilo que se pode fazer individualmente.

O que a doutrina assinala como alicerce da noção de “interesse coletivo” é a ocorrência de “síntese” de interesses individuais e não simples adição:

Aqui o quadro se altera nitidamente. Não se trata da defesa do interesse pessoal do grupo; não se trata tampouco, de mera soma ou justaposição de interesses dos integrantes do grupo; trata-se de interesses que depassam esses dois limites, ficando afetado a um ente coletivo, nascido a partir do momento em que certos interesses individuais, atraídos por semelhança e harmonizado pelo fim comum, se amalgamam no grupo. É a síntese, antes de mera soma.³³²

Péricles Prade, aduz o seguinte:

³³² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Interesses difusos... op.cit.p. 40.

O interesse coletivo, entretanto, não envolve o homem-unidade, mas, tão-só, como órgão integrante de associações ou corporações (*uti socius*). Dirige-se o interesse coletivo aos fins institucionais dos grupos, transcendendo a multiplicidade dos interesses individuais de seus componentes. [...] é que os interesses coletivos são os pertinentes aos fins institucionais de determinada associação, corporação ou grupo intermediário, decorrendo de um prévio vínculo jurídico que une os associados, sujeitando-se a regime jurídico portador de características peculiares.³³³

Ada Pellegrini Grinover agrega mais o seguinte pensamento:

[...] Já por interesses coletivos entendem-se os interesses comuns a uma coletividade de pessoas e apenas a elas, mas ainda repousando sobre um vínculo jurídico definido que as congrega. A sociedade comercial, o condomínio, a família dão margem ao surgimento de interesses comuns, nascidos em função da relação-base que congrega seus componentes, mas não se confundindo com os interesses individuais. Num plano mais complexo, onde o conjunto de interessados não é mais facilmente determinável, embora ainda exista a relação-base, surge o interesse coletivo do sindicato, a congregar todos os empregados de uma determinada categoria profissional.³³⁴

O momento inicial desta configuração é marcado pela aglutinação, despojada do sentido egoístico individual. Ainda que o fruto do esforço venha a beneficiar individualmente àqueles que dele participaram, para configurar o *coletivo*, o fim almejado necessariamente deverá atingir e beneficiar reflexamente terceiros, transcendendo assim a combatida mera aglutinação de interesses individuais, já que revelam profundas aspirações e reivindicações sociais.

Também insiste a doutrina em afirmar que o interesse coletivo é assim adjetivado porque atinge uma categoria determinada ou determinável de indivíduos, não apresentando importância se o vínculo que as une é fático comum ou jurídico básico, porque em ambas as hipóteses “temos grupos determinados ou determináveis de pessoas, unidas por um interesse compartilhado por todos os integrantes de cada grupo”.³³⁵

A assertiva assim formalizada põe em relevo a questão pertinente

333 PRADE, Péricles. Conceito de interesses... op. cit. p. 43 e 46.

334 GRINOVER, Ada Pellegrini. A problemática dos interesses difusos. In **A tutela dos interesses difusos**, coord. Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Max Limonad. 1984. p. 29-45.p. 30.

335 cf. MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses... op. cit. p. 22.

ao portador adequado, como resultante de um mínimo de organização.³³⁶

Dúvida não há em relação ao mínimo organizacional, quando presentes os requisitos que marcam o interesse coletivo em sentido estrito, apontados no art. 81, parágrafo único, II, do Código do Consumidor, já que no dizer legal este se caracteriza quando presentes interesses “transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si, ou com a parte contrária, por uma relação jurídica base”.

Este mínimo organizacional, não obstante, também pode incidir ou derivar de ocasião, quase *ad hoc*, e especialmente como mecanismo de facilitação de acesso à Justiça. É o que se percebe frente à inovação terminológica e finalística emergente dos interesses individuais homogêneos, definidos, nos termos de art. 81, parágrafo único, III, do Código do Consumidor, como “os decorrentes de origem comum”. Ainda que dispensado o requisito de ligação entre partes por relação jurídica base, ainda assim os interesses como tal catalogados também são coletivos, posto que em sentido lato, mas sem qualquer direcionamento secundário ou intermediário. Mesmo que o mínimo organizacional seja derivado de “origem comum” ocasional, ainda assim trata-se de interesse passível de proteção jurisdicional, sem diferenças em relação o interesse coletivo em sentido estrito.

3.6 DOS INTERESSES DIFUSOS

A primeira característica anotada pela doutrina em relação ao interesse difuso é a pertinente ao seu aspecto de ser comum a uma categoria de pessoas, sem que se possa determinar com precisão quais e quantos são os indivíduos que se encontram a ele atrelado, porque seus titulares encontram-se dis-

³³⁶ id. p. 44: “Daí, poder-se afirmar que o traço distintivo básico do interesse coletivo é a “organização”. Sem um mínimo de organização, os interesses não podem se “coletivizar”, não podem se aglutinar de forma coesa e eficaz no seio de um grupo determinado. [...] é claro que se está a exigir um certa organização, um mínimo de organização, porque, a carregar-se demasiadamente nesse requisito, se correria o risco de “sufocar” interesses potencialmente coletivos, ainda emergentes, apresentando uma incipiente organização; e, com isso, se perderia uma boa parte do fenômeno coletivo, quiza a mais rica, porque espontânea”.

persos na coletividade.³³⁷

Ao examinar a questão Mauro Cappelletti sustentou que para a correta apreciação dos aspectos e desdobramentos jurídicos do tema, é necessário o exame da sua base, representada pela análise da questão social, devendo ainda o intérprete flexibilizar os esquemas dogmáticos e puristas tradicionais.³³⁸ Assim, no dizer do mestre, o problema social dos interesses difusos corresponde à primeira característica da sociedade moderna e contemporânea, qual seja, o fenômeno de massa.³³⁹

A tudo agrega-se o outro fenômeno típico, representado pelo crescimento explosivo das cidades, trazendo consigo toda espécie de abusos e vícios, comprometimento das belezas naturais e culturais, de consequência negativas a toda a sociedade.

Sucedendo que, a despeito dos aspectos positivos da sociedade contemporânea, os reflexos negativos atingem, porque difusos, além do indivíduo, indistintamente a massa de componentes da sociedade.

Diante de tal realidade, que Cappelletti adjetivou como “de importância extraordinária, sem precedentes na história do homem”³⁴⁰, a reação social em tema de proteção contra tais efeitos difusos, importa na compreensão de que trata-se de interesse fragmentado, eis que não são individuais, privados, mas pertinentes a grupos, categorias, massas e classes da sociedade.

337 cf. MAZZILI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses... op. cit. p. 21.

338 CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à justiça. Conferência... op. cit. p. 16.

339 *ibidem*: “Do ponto de vista econômico — olhemos a economia da sociedade industrial — tipicamente a produção é uma produção de massa, não mais uma produção artesanal. Comércio de massa: consumo, tipicamente de massa. Vivemos, marcadamente, em uma economia cuja preocupação, trabalho, comércio, consumo se caracterizam por esse aspecto massivo. A empresa, industrial ou comercial, e toda e qualquer empresa econômica, é, cada vez mais, vasta, a tal ponto que, hoje, um típico aspecto de nosso mundo é o das empresas multinacionais. O problema social reflete o mesmo fenômeno. Intervenção global do Estado na economia, em direção ao Estado de *welfare*, o Estado promocional, que impõe, inquirir, consulta — intervenções de todo o tipo. Seja o Estado de *welfare*, seja o Estado do assim chamado socialismo real, Isso significa que o ato de uma pessoa ou de uma empresa, de um grupo, envolve efeitos, produz efeitos que atingem uma quantidade enorme de pessoas e de categorias. As consequências dessa característica da sociedade contemporânea são óbvias, todo o dia as testemunhamos. O problema, por exemplo, da poluição. É suficiente uma emissão de fumaça, ou dejetos industriais, de parte de uma fábrica, para que um rio, um lago, um trecho de mar, ou de ar, sofra consequências negativas. A poluição é uma típica consequência, negativa, da espécie de produção que caracteriza nossa sociedade industrial, pós-industrial, contemporânea”.

340 *id.* p. 17.

Aduz Cappelletti:

O interesse difuso, na medida em que a lei substantiva o transforma em direito, não é privado, nem público, Nem completamente privado, nem completamente público. Pensemos no ar que respiramos. O ar que respiramos não é meu, nem seu, é de todos e de ninguém, ao mesmo tempo. Não é de um indivíduo, nem do Estado. É algo distinto, *sui generis*, coletivo. Pensemos, ainda uma vez, no fenômeno do consumidor. Quando uma lesão é produzida em forma massiva, de massa, não apenas eu sendo consumidor, mas muitos, muitos outros sendo consumidores também, e meu direito, minha lesão, não passa de um fragmento do dano total. Eis o ponto, jurídico de partida. Interesses difusos, interesses fragmentários, não são totalmente privados, nem inteiramente públicos.³⁴¹

Daí a dificuldade em definir “interesse difuso”, objetivando delimitar-lhe o alcance.

Ferraz, Milaré e Nery Júnior, o fizeram, levando em consideração dois desdobramentos: um considerando a titularidade de tal interesse; outro em relação ao seu objeto:

A nota característica do interesse difuso está na sua titularidade ativa: não tem ele por titular uma só pessoa, nem mesmo um grupo bem determinado de pessoas. Numa conceituação mais preocupada com a simplicidade do que com a precisão, poderíamos dizer que interesse difuso é aquele concernente a todo o grupo social, a toda a coletividade, ou a uma parcela significativa desta.[...] Se essa mesma relação, porém, for analisada sob a ótica do seu objeto, verificar-se-á que no caso do interesse difuso o vínculo se estabelece entre o grupo social, ou parte dele, e um bem que poderíamos chamar de público ou coletivo, como a integridade do ar e das águas, a preservação do patrimônio histórico, ou, de modo mais genérico, a boa qualidade de vida. Sob esse ângulo, portanto, conceituamos o interesse difuso em um bem necessário para toda a coletividade.³⁴²

Mancuso marca a definição pelo cunho da impessoalidade:

Os interesses difusos pertencem ao gênero “interesses meta ou supraindividuais”, aí compreendidos aquele que depassam a órbita individual, para se inserirem num contexto global, na “ordem coletiva”, *lato sensu*. Nesse campo, o primado recai em valores de ordem social, como o “bem comum”, a “qualidade de vida”, os

³⁴¹ id. p. 18-19.

³⁴² FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo. MILARÉ, Édís. NERY JÚNIOR, Nelson. A ação civil pública... op. cit. p. 56.

“direitos humanos” etc. Os conflitos que aí podem surgir trazem a marca da *impessoalidade*, isto é, discute-se em torno de valores, de idéias, de opções, fazem-se escolhas políticas; não está em jogo a posição de vantagens de A em face a B, e sim, cuida-se de aferir qual a postura mais oportuna e conveniente dentre um leque de alternativas, aglutinadas nos diversos grupos sociais interessados, naquilo que se pode chamar com a doutrina italiana, “conflituosidade intrínseca”.³⁴³

Péricles Prade, por sua vez, antes de formular o conceito, aponta as características do interesse difuso da seguinte forma:³⁴⁴

a) ausência de vínculo associativo. Se presente o vínculo associativo a *affectio societatis*, como sucede nos interesses do grupo familiar ou nos interesses empresariais e corporativos, não se falará de interesses difusos. Estar-se-á no pólo dos interesses coletivos, *tout court*.

b) Alcance de uma cadeia abstrata de pessoas. Assim, não se circunscrevem à determinada pessoa ou a pessoas, concretamente consideradas. Enfim, não se limitam a certos indivíduos. A lesão não é circunscrita, vale dizer, possui efeitos que se ampliam em graus sucessivos e abrangentes, disseminando-se por extensão. [...] Os indivíduos são indeterminados devido à não circunscrição da lesão[...].

c) A potencial e abrangente conflituosidade. Essa “conflituosidade”, abrangente, é herdeira das verticais mutações da sociedade tecnológica da produção e consumo de massa, pois, provocaram tanto o surgimento da macro-empresa moderna, quanto uma crescente e onipresente atuação estatal. [...] Mas não é só essa ingente e multimoda atuação estatal que se situa na base da conflituosidade abrangente dos interesses difusos. Cumpre indicar o impacto da tecnologia nas relações sociais [...] Em suma, as transformações sociais profundas resultantes das extraordinárias inovações tecnológicas promovidas pelas empresa moderna.

d) Ocorrência de lesões disseminadas em massa. Interesses que, em última análise, sendo intrinsecamente individuais, assumem, não obstante, configuração de interesses difusos, sempre que passíveis de lesões disseminadas, propagando-se numa determinada coletividade e atingindo com seus efeitos danosos em massa uma série aberta de criaturas[...].

e) Vínculos fáticos entre os titulares dos interesses. [...] os titulares dos interesses difusos se ligam apenas mediante vínculos essencialmente fáticos, por mera identidade de situações, e, não, por vínculos associativos, estes, ao contrário, sempre presentes nos interesses coletivos tradicionais em virtude de sua natureza corporativa. É importante anotar, ainda que não se falou inexistência de vínculo jurídico, mas em ausência de vínculo associativo.

343 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Interesses difusos... op. cit. p. 105-106.

344 PRADE, Péricles. Conceito de interesses... op. cit. p. 48-55

E conclui Prade, formulando o seguinte conceito:

Interesses difusos são os titularizados por uma cadeia abstrata de pessoas, ligadas por vínculos fáticos exsurgidos de alguma circunstancial identidade de situação, passíveis de lesões disseminadas entre todos os titulares, de forma pouco circunscrita e num quadro de abrangente conflituosidade.³⁴⁵

Ada Pellegrini Grinover, argüi fatores conjunturais e genéricos, aliados a fatos acidentais e mutáveis, para concluir também que a marca primordial do interesse difuso repousa na titularidade e no seu objeto, marcado pela impossibilidade de divisão:

[...] compreende interesses que não encontram apoio em uma relação-base bem definida, reduzindo-se o vínculo entre as pessoas a fatores conjunturais ou extremamente genéricos, a dados de fato freqüentemente acidentais e mutáveis. [...] Trata-se de interesses espalhados e informais à tutela de necessidades, também coletivas, sinteticamente referidas à qualidade de vida.[...] Decorre daí que duas notas essenciais podem ser destacadas, nesses interesse ditos difusos. Uma, relativa à sua titularidade, pois pertencem a uma série indeterminada de sujeitos. [...] Outra, relativa ao seu objeto, que é sempre bem coletivo, insuscetível de divisão, sendo que a satisfação de um interessado implica necessariamente a satisfação de todos, ao mesmo tempo em que a lesão de um indica a lesão de toda a coletividade.³⁴⁶

3.7 DA LESÃO AO PATRIMÔNIO TURÍSTICO E SUA DIFUSIDADE

O tema apresenta-se controvertido, mormente diante dos desdobramentos pertinentes às responsabilidades por danos ao patrimônio turístico.

Nasce a controvérsia especialmente diante do teor do art. 1º, inc. III, da Lei 7.347/85, que dispõe sobre a Ação Civil Pública, em cotejo com os ditames da Lei 6.938/81, que versa sobre a Política Nacional do Meio Ambiente.

³⁴⁵ id. p. 56.

³⁴⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. In A tutela dos Interesses ... op. cit. p. 30.

Com efeito, o pré-falado inc. III, menciona como objeto da Ação Civil Pública danos morais e patrimoniais a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, bens que aliados aos bens naturais, compõem o patrimônio turístico em sentido amplo.

A dúvida é alimentada pelo teor do art. 14, § 1º da Lei 6.938/81 que assinala que o poluidor é obrigado a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados, por sua atividade, frente aos conceitos de *meio ambiente* e *poluidor*, estampados na mesma lei.

Preconiza o art. 3º, I da Lei 6.938/81, que entende-se por meio ambiente “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”.

Por outro lado, reza o inciso IV do mesmo art. 3º, que entende-se por poluidor “a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental”. E por fim — art. 3º inc. II — que entende-se por degradação da qualidade ambiental “a alteração adversa das características do meio ambiente”.

A base desta dicção legal, num primeiro momento, deixa transparecer que patrimônio artístico, histórico, estético, turístico e paisagístico não é “ambiental”, porquanto a dificuldade centra-se em firmarem-se atividades poluidoras nessa esferas.

Não obstante, dizeres doutrinários apontam e exemplificam satisfatoriamente possibilidades concretas de lesão a esses valores;

[...] os demais valores constantes do inciso III — históricos, turísticos e paisagísticos — bem podem ser objeto de ação poluidora no sentido mais amplo do termo: a “pichação” das paredes das casas de um cidade tombada pelo patrimônio histórico, é uma forma de poluição visual, que prejudica esse sítio histórico; o desmatamento da floresta que abriga a nascente de uma cachoeira que é atração turística de uma cidade é um atentado a um interesse turístico relevante, na medida e, que, propiciando a diminuição do volume das águas, empobrece o espetáculo natural; do mesmo modo, a colocação de *out doors* nas proximidades de um *belvedere*, atenta contra um valor paisagístico, na medida que “esconde” das pessoas a existência da bela paisagem.³⁴⁷

Em coro a jurisprudência:

³⁴⁷ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.347/85 e legislação complementar**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989, p.162-163.

Ação civil pública. Restauração de área livre, de lazer do povo, prejudicada por iniciativa administrativa tendente à construção de monumento lesivo à unidade e simplicidade da paisagem. Demanda procedente. Sentença mantida em reexame.³⁴⁸

Paulo Affonso Leme Machado sublinha a aproximação conceitual ao afirmar que “uma ampla, contínua e profunda relação das noções de ambiente (item I do art. 1º) e os bens e direitos protegidos no item III do art. 1º, ambos da Lei 7.347/85”.³⁴⁹

O conceito de arte, de estética, de história, de turismo e de paisagem deve ser somado ao conceito de valor desses bens e direitos. [...] O valor turístico de um local ou de uma área poderá ser mensurado pelo número de visitantes já atraídos para o bem a defender ou pela função educativa ou de lazer que o local possa vir a oferecer. A paisagem merecerá ser protegida, em muitos casos, pelo seu próprio conteúdo ou pela sua beleza cênica.³⁵⁰

Convém adicionar mais alguns argumentos.

O primeiro, diz respeito à dicção da Lei 6.938/81. Isto porque faz a lei expressa referência às condições estéticas do meio ambiente como passíveis de degradação, nos termos do art. 3º, inc. III, letra “d”. Ora, os valores paisagístico e turístico, sem qualquer sombra de dúvida, estão aí incluídos.

Ademais, conforme ressaltamos alhures, adotou o legislador brasileiro, ao conceituar meio ambiente privilegiando a vida em todas as formas, a noção ampla, composta pelo patrimônio natural, cultural e artificial, razão do perfeito enquadramento e inclusão de valores estéticos, históricos e artísticos (além, é claro dos paisagísticos e turísticos), como valores defensáveis independentemente da declaração administrativa ou legal específica de suas existências.

Sobre a questão, assim se manifesta a jurisprudência:

³⁴⁸ Acórdão prolatado no Reexame Necessário n. 589002591, 2º Câmara Cível, Bagé. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Relator, Des. Mário Rocha Lopes, publicado na Rev. Jur. T.J.E.R.G.S. n. 139, p. 70-72.

³⁴⁹ cf. MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Ação civil pública (ambiente, consumidor, patrimônio cultural) e tombamento**. 2º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, p. 48.

³⁵⁰ id. p. 16.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA — Obrigação de não fazer — Preservação da construção de edifício — Valor histórico e arquitetônico — Lei a respeito não aprovada — irrelevância — Interesse público que pode ser defendido como realidade social — Reconhecimento de sua existência que pode ser feito pelo Poder Judiciário, não sendo privativo do órgão Legislativo ou Administrativo — Sentença anulada — Prosseguimento do feito ordenado — Recurso provido.³⁵¹

De muita valia para o esclarecimento da questão a lição da doutrina italiana, em especial a definição de meio ambiente (na Itália apenas ambiente), formulada por Giannini:

a) o ambiente como modo de ser global da realidade natural baseada num dado equilíbrio de seus elementos-equilíbrio ecológico, que se retém necessário e indispensável, em relação à fruição da parte do homem, em particular à saúde e ao bem estar físico; o ambiente enquanto ponto de referência objetivo dos interesses e do direito respeitante à repressão, e prevenção de atividades humanas dirigidas a perturbar o equilíbrio ecológico, convertendo-se o dano ao ambiente em dano ao próprio homem; b) o ambiente como uma ou mais zonas circunscritas do território, consideradas pelo seu peculiar modo de ser e beleza, dignas de conservação em função ao seu gozo estético, da sua importância para a investigação científica, ou ainda pela sua relevância histórica: isto é, **o ambiente enquanto soma de bens culturais**, enquanto ponto de referência objetiva dos interesses e do direito à cultura; c) o ambiente como objeto de um dado território em relação aos empreendimentos industriais, agrícolas e dos serviços: isto é, o ambiente enquanto ponto de referência objetivo dos interesses e do direito urbanístico respeitante ao território como espaço no qual se desenvolve a existência e a atividade do homem na sua dimensão social.³⁵²
(original sem grifos)

Ademais, se dúvidas existiram, foram elas inteiramente espancadas pelo teor da Constituição Federal de 1988, especialmente pela dicção estampada no art. 216, alhures transcrito, ao especificar as variáveis de composição do patrimônio cultural brasileiro.

Releva aduzir teor dos parágrafos 1º e 4º do art. 216 da Constituição Federal, os quais, respectivamente, preconizam que “o Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasi-

³⁵¹ Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Oitava Câmara Civil. Apelação Cível nº 95.285-1 — Ribeirão Preto — Rel. Des. Jorge Almeida, j. 28.3.88, acórdão publicado na RJTJESP, v. 114, p. 38.

³⁵² GIANNINI, Massimo Severo. Apud ANTUNES, Luiz Felipe Colaço. A tutela dos interesses difusos... op. cit. p. 45.

leiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação (rol aliás eminentemente exemplificativo diante da indeterminação desta última expressão) e ainda que os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei”.

Ora, diante da afirmação constitucional de existência de um patrimônio de titularidade da Nação brasileira contraditório seria negar a sua difusidade.³⁵³

Ademais, o patrimônio turístico, está exposto a toda a sorte de poluição, na acepção mais ampla do termo, seja ela material ou imaterial.

Assim, por exemplo, quando um derramamento de óleo atinge as praias; quando o fervor edilício deteriora a vocação turística de uma cidade; quando os desmatamentos ilegítimos contribuem para desconfigurar o patrimônio natural; quando o Estado se omite na destinação tecnicamente correta dos esgotos domésticos; quando a poluição visual atinge irreversivelmente a harmonia da paisagem. Enfim, tantas são as hipóteses que torna-se impossível descrevê-las na totalidade, já que a poluição ao meio ambiente natural, cultural ou artificial, se presentes os requisitos que detonam o fenômeno turístico em uma localidade, culmina por atingir o patrimônio turístico no seu todo.

Por derradeiro, é preciso atentar para a lição de Sergio Ferraz:

O fundamental é que desde já nos conscientizássemos de que o patrimônio ambiental, bem ao contrário do que dizem os juristas e algumas leis, não é “*res nullius*”, mas “*res omniium*” — **coisa de todos**. Todos temos interesse jurídico na preservação do ambiente. Por isso, todos temos, reconhecido pela ordem jurídica, direito subjetivo à tutela ambiental. Assim, devemos promover a atuação tutelar do Poder Judiciário, ou dos agentes administrativos, sempre que percebermos a existência de uma agressão contra a sanidade do ambiente, em que estamos vivendo.³⁵⁴

353 v. cap. I. p. 14-15.

354 FERRAZ, Sergio. Responsabilidade civil por dano ecológico. In **Revista de Direito Público**, nº 49-50. p. 34-41.p. 35.

4. INSTRUMENTOS JUDICIAIS E EXTRAJUDICIAIS DE DEFESA DO PATRIMÔNIO TURÍSTICO

4.1 DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Em conferência proferida em 24 de novembro de 1982, no “Seminário sobre Tutela dos Interesses Coletivos”, na Faculdade de Direito da USP, época em que os interesses difusos entre nós permaneciam sem a guarida hoje disponível, Ada Pellegrini Grinover alertava para a “necessidade de solução pacífica do conflito de interesses difusos, e sua tutela pelo ordenamento jurídico”, especialmente citando como interesse de massa aqueles pertinentes à proteção de valores culturais e espirituais.³⁵⁵

Por outro lado, a reclamada “solução pacífica” materializou-se no ordenamento positivo brasileiro, ante a edição da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, que, sem prejuízo da ação popular, disciplina a ação civil pública, de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, assim como a qualquer outro interesse difuso ou coletivo (tópico este acrescentado pelo teor da Lei 8.078/90) .

³⁵⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini A tutela dos interesses op. cit. p. 31 “ A necessidade de solução pacífica de interesses difusos, a sua tutela pelo ordenamento jurídico, são indiscutíveis. Trata-se de interesse de massa, relativo à defesa do meio ambiente, à proteção de valores culturais e espirituais, à tutela do consumidor. e exatamente por sua configuração coletiva e de massa, caracterizam-se por uma conflituosidade, também de massa, que não se coloca no clássico contraste indivíduo x autoridade, mas que é típica das escolhas políticas. Quando a poluição de um rio afeta as populações ribeirinhas; quando laboratórios químicos falsificam produtos farmacêuticos; quando indústrias alimentícias fraudam milhares de consumidores; quando complexos industriais poluem bairros e cidades; quando petroleiros provocam danos ecológicos ou predadores exterminam a fauna; quando a indústria edílicia deteriora o patrimônio artístico, histórico ou turístico, verifica-se de maneira contundente e até trágica a necessidade imperiosa e urgente de não deixar sem tutela esses interesses comuns”.

De início emergiu a idéia de que a ação era puramente de *responsabilidade* e por consequência exclusivamente condenatória.

Não obstante, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, teve início o esclarecimento da questão.

Com efeito, a expressão “outros interesses difusos e coletivos”, então ausente do texto da Lei 7.347/85, por que vetada pelo Presidente José Sarney³⁵⁶, mereceu acolhida no texto constitucional, exatamente na seção pertinente ao Ministério Público:

Art. 129 — São funções institucionais do Ministério Público:

[...]

III — promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Posteriormente a Lei 8.078/91, que instituiu o Código do Consumidor, no art. 110 colocou fim à discussão, eis que expressamente legitimou o Ministério Público, e todos os co-legitimados para a ação civil pública, a postularem em juízo contra lesão ou ameaça de lesão a qualquer interesses coletivo ou difuso, prevendo ainda, no art. 90, a complementação recíproca com a Lei 7.347/85 (esta aludindo idêntico dispositivo no art. 21).

Colhe-se, então, que ao completar a dicção legal sobre importante instrumento de tutela dos interesses das massas, o legislador brasileiro alargou notavelmente a essência do próprio instituto processual.

Isto porque, afastou de vez qualquer possibilidade de taxatividade para a propositura da ação civil pública. E os reflexos foram imediatos e grandiosos, tanto na esfera do objeto, quanto no campo da legitimação.

³⁵⁶ MAZZILI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses ... op. cit.p. 73. “O anteprojeto oriundo do Ministério Público paulista, convertido no Projeto do Executivo, tinha sido mais ambicioso que o texto a final sancionado. Do projeto de lei — oriundo do Poder Executivo e aprovado nas duas Câmaras — tinha constado, no inciso IV do art. 1º, uma norma de extensão ou de encerramento, pela qual também encontrariam proteção na mesma lei *outros interesses difusos*. Entretanto, tal norma de extensão foi vetada pelo então presidente da República, sob a alegação de que surgiria insegurança jurídica diante de expressão muito ampla e que ainda não estaria sedimentada na doutrina. Segundo razões do veto, o chefe do Executivo temeria a “insegurança jurídica” decorrente da “amplíssima e imprecisa abrangência da expressão *qualquer outro interesse difuso*”, a tornar inconveniente, a seu ver, a sanção integral do texto já aprovado nas duas Casas Legislativas, eu que — vejam só... — ele próprio ao Congresso tinha encaminhado, quando por certo o entendia o contrário...”

De fato, até antes da Constituição de 1988, incontáveis lesões coletivas somente eram passíveis de defesa mediante a legitimação ordinária, através da cada lesado, individualmente ou agrupado, defendendo o seu interesse, fato que conduzia milhares de pessoas aos tribunais.³⁵⁷

Outra consequência de especial magnitude foi o término da discussão sobre o objeto da ação civil pública.

Com efeito, até então se reconhecia, dentro do processo de conhecimento, somente a ação de natureza condenatória, como pertinente e relativa à *responsabilidade por danos*, aludida no texto da lei, eis que “*de lege lata*”, o objeto resumia-se a obrigação de fazer, não fazer ou condenação em dinheiro, em contrapartida a dano efetivamente instalado ou em vias de se instalar.

Agora, de acordo com expressa previsão (qualquer outro interesse difuso ou coletivo) tornou-se perfeitamente cabível a propositura de ação civil pública declaratória ou constitutiva, e ainda a possibilidade de cumulação entre estas e a ação de cunho condenatório.

Sobre o tema, Paulo de Bessa Antunes:

Em não poucas situações, a reparação de uma lesão poderá demandar uma prévia declaração de existência ou da inexistência de uma relação jurídica, a validade de um ato jurídico, *verbi gratia*, a anulação de concessões administrativas concedidas ao arrepio da lei. [...] Penso portanto, que de acordo com o que está previsto no sistema legal brasileiro é perfeitamente cabível, e em muitos casos necessária, a cumulação de ação condenatória com uma ação declaratória de nulidade de ato jurídico, por exemplo, uma vez que não há qualquer incompatibilidade entre elas. Aliás em muitos casos há mesmo uma necessidade de cumulação, sob pena de negar-se a tutela judicial específica dos direitos difusos.³⁵⁸

Sobre essa possibilidade e apenas para exemplificar, pensemos nu-

357 Mazzili concebeu um rol de exemplos: “[...] como na defesa do contribuinte contra as excessivas retenções de imposto de renda e a arbitrária devolução; os empréstimos compulsórios inconstitucionalmente fixados; a arbitrária demora da restituição de impostos cobrados a maior; a cobrança indevida de tributos que não exigiam prestações específicas; a defesa do contribuinte contra os aumentos dos impostos prediais sem observância de princípios constitucionais; a defesa dos funcionários públicos contra a demora no pagamento de reposições salariais já devidas [...] a defesa dos mutuários do Sistema Financeiro da Habitação contra os aumentos indevidos das prestações, estipulado livremente pelo governo; o insuficiente reajuste dos benefícios atinentes aos aposentados previdenciários; a defesa de interesses econômicos de categorias operárias; a defesas das vítimas dos grandes escândalos financeiros, em face da atuação das entidades governamentais interventoras etc. op. cit. p. 74-75.

358 ANTUNES, Paulo de Bessa. Curso de direito ... op. cit. p. 160.

ma hipotética concessão a empreendedor particular, para implementação de empreendimento estritamente particular, em área notoriamente pública e de uso comum de todas, admitida como notável patrimônio turístico nacional.

Ademais, convém relembrar o alerta de Hely Lopes Meirelles:

Se o fato argüido de lesivo ao meio ambiente foi praticado com licença, permissão ou autorização de autoridade competente, deverá o autor da ação — Ministério Público ou pessoa jurídica — provar a ilegalidade de sua expedição, uma vez que todo ato administrativo traz a presunção de legitimidade, só invalidável por prova em contrário.³⁵⁹

O mesmo se diga em relação às ações civis públicas de natureza constitutiva, tanto puras de efeitos *ex tunc*, quanto constitutivas-negativas, de efeitos *ex nunc*.

De fato, vencida a controvérsia inicial, derivada do teor dos artigos 3º, 4º, 11, 13 e 15 da Lei 7.347/85, mormente diante do preconizado no art. 129, III, da Constituição Federal, que legitima o Ministério Público à propositura da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses coletivos e difusos, culminando com o teor do Código de Defesa do Consumidor, que incorporou na legislação infraconstitucional a nova disciplina processual do tema, lógica é a conclusão que aponta não ser mais limite do objeto do remédio processual em questão o pedido exclusivamente condenatório.

Alicerçando a conclusão, basta ver que a possibilidade de anulação de atos lesivos ao patrimônio público em sentido lato (pedido constitutivo), hipótese de cabimento de ação popular, nos termos do art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal, combinado com o art. 1º, § 1º, da Lei 4.717/65, é também deferida aos legitimados à ação civil pública, ante expressa referência, emergente do teor do art. 83, do Código de Defesa do Consumidor, combinado com o art. 21, da Lei 7.347/85.

Assim, além das ações condenatórias, em sede de defesa do patrimônio cultural, portanto também patrimônio turístico, inexistente empecilho válido que inviabilize a busca, via ação civil pública declaratória, de decreto de nulidade de ato lesivo, de qualquer espécie, que macule tal patrimônio, assim como provimento que importe em anulação de atos danosos, através de ação civil pública constitutiva ou constitutiva-negativa.

³⁵⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. Proteção ambiental e ação civil pública. In **Justitia**, nº 135, p. 88-98. p. 98.

Logicamente que o emprego da ação constitutiva apresenta a sólida vantagem de desde já combater efeitos atuais e futuros de atos lesivos ao patrimônio público em sentido lato, eliminando assim a necessidade de ação de reparação de dano, porquanto obliterada por essa via a execução em si do ato impugnado. Também porque em certas hipóteses a execução do ato hostilizado poderá gerar dano irrecuperável, como para exemplificar, as tão comuns autorizações para a demolição de edificações havidas como patrimônio histórico, artístico e cultural e turístico, tombadas ou não, em homenagem tão-só ao favorecimento de empreendimentos imobiliários privados. Pense-se, igualmente, nas hipóteses de destombamento, quando, cedendo às pressões privadas, o Executivo, por decreto, remove a inscrição de determinado bem do Livro de Tombo, como se valor cultural de um bem estivesse sujeito à remoção por essa via.

No arremate, dirimindo quaisquer dúvidas, vale a transcrição do art. 83, do Código do Consumidor e do art. 21 da Lei 7.347/85:

Art. 83 — Para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este Código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela.

Art. 21 — Aplicam-se à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do Título III da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.

4.2 DA LEGITIMAÇÃO PARA AGIR E COMPETÊNCIA DE JUÍZO E FORO PARA A AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Preliminarmente, é preciso destacar que o fenômeno de *desprivatização* do direito, derivado da socialização característica dos interesses difusos e coletivos, já que muitos interesses normalmente considerados privados depois de aglutinados tornam-se sociais, aliado ao fenômeno da *despublicização*, que interfere diretamente no monopólio estatal de ação na defesa da sociedade, redundando em profundas transformações no direito judiciário tradicional, de reflexos

diretos no conceito rígido de legitimação para agir, porquanto em lugar da noção de parte individual entra em cena a *parte coletiva*.³⁶⁰

Igualmente, eis que os interesses em questão se dispersam difusamente dentre titulares indeterminados, ou coletivamente em grupos determinados ou determináveis, mais ou menos numerosos, colhem-se efeitos significativos no conceito também tradicional da garantia fundamental do devido processo legal, que exige a notificação de todos os interessados.

Ora, a notificação de todos significaria o chamamento de milhares de pessoas, muitos de identificação impossível, eis que estabelecidos em lugar incerto, e outros integrantes de grupos difusos de contornos imprecisos.

Daí a afirmação de Cappelletti, no sentido de que “ há que se renunciar a essa idéia rígida , tradicional, individualística, de notificação a todas as partes, e admitir que a notificação se possa fazer às partes que são representantes legítimos dos interessados ausentes”.³⁶¹

Da mesma maneira, sofre alteração o princípio da *res iudicata tertiis nec prodest, nec nocet* (a coisa julgada não aproveita nem prejudica a terceiros), eis que em sede de proteção interesses a difusos e coletivos, seus efeitos se expandem , abrigando partes ausentes, porém adequadamente representadas, evidência reconhecida nos termos do art. 16, da Lei 7.347/85 e 103, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor.

Por derradeiro, os reflexos pertinentes ao ressarcimento do dano, haja vista a transposição da clássica concepção que atribuiu possibilidade de ressarcimento tão-só em relação à parte que comparece em juízo:

O problema do ressarcimento do dano sofre uma metamorfose, uma revolução que concerne não só ao direito judiciário, propriamente, mas a toda problemática do ressarcimento de danos. Há uma passagem da concepção clássica — o dano ressarcível é aquele sofrido pela parte que vai a juízo — a uma concepção global de ressarcimento. Não interessa tanto o prejuízo causado à parte, mas, sobretudo, o dano criado por alguém, que deve ser ressarcido e o será, não apenas à parte que acorre a juízo, como todos os ausentes enquanto passível de individuação.³⁶²

³⁶⁰ CAPELLETTI, Mauro. Acesso à Justiça. Conferência... op. cit. p. 24-25. “ O tema da legitimação de agir, tipicament baseado na *summa divisio*, sofre profunda modificação. A legitimação para agir é atribuída a associações, a sujeitos que não agem por si sós, (per se) apenas, mas pela coletividade. O conceito rígido, tradicional, de legitimação para agir dá lugar a um conceito social. A *partie individuelle* torna-se *partie collective*”.

³⁶¹ id. p. 25.

³⁶² ibidem.

Sobre a nova ótica, e em especial à temática da representatividade adequada, escrevera Ada Pellegrini Grinover que a solução satisfatória do tema necessariamente perpassaria um rompimento com a tradição doutrinária processual, frente às novas situações, de modo a atingir-se funcionalidade e idoneidade de provimentos direcionados à tutela da também nova categorias de interesses.³⁶³

A opinião de Kazuo Watanabe, é pela concessão de maior elasticidade na interpretação do art. 6º, do Código de Processo Civil, tendo por base alicerce constitucional, como fonte capaz de atribuir globalidade ao sistema jurídico, de modo a resolver o problema fundamental da tutela jurisdicional dos interesses difusos.³⁶⁴

Paulo de Tarso Brandão também sublinha a vertente constitucional, tanto em sede de direito de ação do Direito Processual Civil, quanto em relação ao instrumento processual consubstanciado na ação civil pública:

Não há a menor dúvida de que o direito de ação concebido para o Direito Processual Civil, como direito subjetivo público, tem caráter constitucional e está, por isso, para além da ordem normativa que se refere ao Processo Civil. Também o direito de ação instrumentalizado pela Ação Civil Pública é constitucional, mas vocacionado ao trato de outra ordem de conflitos.³⁶⁵

Então, almejando a identificação de uma técnica de facilitação do acesso coletivo à justiça, o debate centrou-se na análise do art. 6º, do Cód-

363 GRINOVER, Ada Pellegrini. In. A tutela dos interesses... op. cit. p. 42-43: “A tradição doutrinária não pode significar um obstáculo para repensar institutos, que hão de ser moldados às novas situações. É preciso proceder, dentro de cada sistema, a uma análise funcional, ressaltando os tipos de interesses que devem ser protegidos e os tipos de provimentos idôneos à sua tutela, de modo a adaptar os mecanismos internos do processo à melhor consecução desses objetivos”.

364 WATANABE, Kazuo. Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir. In. **A tutela dos interesses difusos**. Coord. Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Max Limonad, 1984, p. 85- 97. p. 94. “Bem, o que me parece possível concluir, à vista do que ficou exposto, é que, desde que seja interpretado o art. 6º, do Cód. de Proc. Civil, com mente mais aberta e com vistas voltadas à globalidade do ordenamento jurídico, principalmente ao sistema constitucional, afigura-se perfeitamente possível chegar-se à admissão da legitimidade ad causam das associações criadas com o fim estatutário de promover a defesa do interesses difusos”.

365 BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ação civil pública**. Florianópolis: Livraria e Editora Obra Jurídica, 1966, p. 103.

go de Processo Civil, mais especificamente em torno da definição das legitimações para agir, ordinária e extraordinária.

Forçoso reconhecer que doutrinariamente a corrente predominante é aquela que argüi tratar-se, a defesa judicial de interesses coletivos e difusos, num e noutro caso sem distinção, de uma hipótese de legitimação ordinária.

Vejamos, resumidamente as duas correntes.

A tradicional maneira de almejar em juízo o restabelecimento de um direito fraturado dá-se por meio da denominada *legitimação ordinária*, quando o próprio lesado defende interesse seu, também embasado no franco acesso às vias jurisdicionais, emergente do princípio constitucional estampado no art. 5º XXXV, da Constituição Federal de 1988.

Por outro lado, em hipóteses francamente excepcionais porque dependente de expressa autorização legal, prevê o nosso ordenamento jurídico, no art. 6º, do Código de Processo Civil, a possibilidade de alguém, em nome próprio, defender interesse alheio, configurando a chamada *legitimação extraordinária*, determinado assim, “verdadeira substituição processual, inconfundível com a representação, eis que nesta última, “alguém, em nome alheio, defende interesse alheio”.³⁶⁶

Apenas para ilustrar, prestam-se para exemplificar a legitimação extraordinária, a defesa e ações propostas por curador especial em favor de ausentes e incapazes, nos termos do art. 9º, do Código de Processo Civil, assim como aquelas reparatórias *ex delicto* do arts. 63 e 68, do Código de Processo Penal, propostas pelo Ministério Público em favor de vítimas pobres.

Argumentando que é necessário transpor a concepção rigidamente individualista da dicção processual do art. 6º, do Código de Processo Civil, a tendência doutrinária é a de identificar, na defesa judicial de interesses difusos e coletivos, a presença da legitimação ordinária, porquanto os co-legitimados à propositura da ação judicial, em todas as hipóteses, além de agirem mediante autorização pela lei, defenderiam sempre posição jurídica e interesses próprios, conjugados com interesses de terceiros.

Assim, Humberto Theodoro Júnior, ao afirmar que “o grupo juridicamente organizado, mesmo quando deduz em juízo um direito cuja titularidade pertence a outrem, está fazendo atuar, na realidade, em interesse próprio que é o de reintegração da situação garantida”.³⁶⁷

366 cf. MAZZILI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos... op. cit. p. 23.

367 THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela dos interesses coletivos — difusos no direito brasileiro. In **Revista Jurídica**, 192/5.

Também Rodolfo de Camargo Mancuso:

Resumindo o que foi visto, temos que a legitimação para agir, nas ações que visam à tutela dos interesses superindividuais é do tipo ordinário, porque: a) quando o indivíduo age de per se, na tutela de interesses gerais, ele também defende interesse próprio, configurado na cota-parte daqueles interesses, a qual lhe pertence enquanto indivíduo, cidadão, eleitor ou contribuinte; é o que se passa, grosso modo, nas ações populares e nas *class actions* do direito norte-americano. Não importa que, eventualmente, alguns integrantes da categoria ou da coletividade não se interessem pela ação ou discordem de seu objeto, porque não se trata de litisconsórcio necessário; o que releva é que os cives exercem a liberdade pública reconhecida *uti singuli*, de exigir da uma administração proba e eficaz e o respeito à lei, conforme o caso; b) quando a tutela dos interesses superindividuais é feita através de grupos legalmente constituídos, a legitimação também é ordinária, na medida em que sustentam, em nome próprio, certas massas de interesses (ex.: os dos consumidores), para o que a lei os considerou idôneos.³⁶⁸

Paulo de Tarso Brandão, igualmente defende a legitimação ordinária:

Em síntese, a legitimidade para buscar em Juízo a tutela dos interesses coletivos (abrangendo com tal expressão os interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos) decorre de lei. Assim, na esfera da Ação Civil Pública não opera o conceito ou a noção de legitimidade extraordinária, uma vez que as pessoas jurídicas ou as instituições, são legitimadas por força de disposição legal; e, nesse caso, a legitimação é sempre *ordinária*. Qualquer outra pessoa que não esteja legitimado por força de lei não poderá exercer o direito de ação decorrente da Ação Civil Pública, pois em nenhuma hipótese poderá haver a substituição processual, ou seja, a legitimação extraordinária. (grifo no original)³⁶⁹

Em sentido contrário o pensar de Hugo Nigro Mazzili:

Nessa visão, suponhamos uma associação de classe. A defesa judicial de interesses coletivos da categoria coincide com a defesa de interesse próprio da entidade, conforme seus fins sociais. Contudo, ainda assim preferimos denominar o fenômeno de *legitimação extraordinária* ou substituição processual, para distingui-lo das hipóteses em que o titular da pretensão age apenas na defesa do interesse de que é titular. Nos casos de ação civil pública, de ação coletiva ou de ação popular, o autor (o cidadão, o Estado ou a associação) não está pedindo apenas dentro do campo de seu direito próprio, e sim busca um benefício coletivo (nem sempre público) mas ao

368 MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Interesses difusos... op. cit. p. 153.

369 BRANDÃO, Paulo de Tarso. Ação civil... op. cit. p. 118-119.

menos transindividual), que ele, por si só, não estaria legitimado a defender a não ser por expressa autorização legal. Daí a legitimação extraordinária.(grifo no original) ³⁷⁰

A nosso de sentir, razão está na configuração de *legitimação mista*, porém mediante a adição de mais alguma argumentação.

Com efeito, dispõe o art. 3º do Código de Processo Civil, que para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade, o que configura a legitimação ordinária, marcada pela identidade do sujeito da relação jurídica de direito material trazida a juízo, requisito aliás também estendido à pessoa do réu, e condição que definirá o juízo competente para a ação.

Daí soar excepcional a prerrogativa do art. 6º, do Código de Processo Civil, quando, mediante expressa autorização em lei, alguém que não seja o sujeito da relação jurídica de direito material, se vê autorizado para exercitar em nome próprio direito alheio, mediante a substituição processual correspondente à legitimação extraordinária. Como se vê, a excepcionalidade e a expressa autorização legal para agir é marca de legitimação extraordinária e não o contrário, mesmo porque em sede de legitimação ordinária não há como afastar o requisito a ser preenchido pelo autor da demanda, representado pela demonstração do interesse, nos termos do art. 3º do Código de Processo Civil.

Tal raciocínio conduz à hipótese de configuração de legitimação anômala ou mista, já que os co-legitimados para ação civil (legitimação aliás concorrente e disjuntiva) ³⁷¹, mencionados no art. 5º, da Lei 7.347/85, ao tempo em que exercem legitimação ordinária, na parcela representada pelo seu próprio interesse, exercitam também a legitimação extraordinária na parte em que agem como representantes ou substitutos dos demais, indeterminados ou determiná-

³⁷⁰ MAZZILI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos... op. cit. p. 25, nota de rodapé nº 1.

³⁷¹ NERY JÚNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria B. B. de Andrade. Responsabilidade civil, meio-ambiente e ação coletiva. In **Dano Ambiental, prevenção, reparação e repressão**, coord. Antonio Herman V. Benjamin. São Paulo, RT, 1993 (Biblioteca de direito ambiental), p. 278-307, p. 296. "Isto significa dizer que cada um dos co-legitimados pode, sozinho, promover a ação coletiva, sem que seja necessária anuência ou autorização dos demais co-legitimados. O eventual litisconcórdio que se formar entre eles será facultativo e obedecerá o regime desse tipo de cumulação subjetiva de ações, de acordo com as regras do CPC.

veis, sujeitos do interesse difuso ou coletivo em jogo.³⁷²

E ainda, o que sustenta a legitimação para a ação civil é também a demonstração do interesse para aquela demanda específica. Assim, por exemplo, pelo só fato de figurar como co-legitimado para a propositura da ação civil pública não significa possa o Ministério Público Federal propor indistintamente o remédio em qualquer foro, resolvendo-se a questão pela demonstração de interesse legítimo que se encaixe nos dizeres do art. 109, da Constituição da República, sob as penas da incompetência do juízo.

O mesmo se diga em relação às pessoas jurídicas de direito público, isto é, não estão elas autorizadas à propositura indistinta da ação civil pública, eis que restringidas as suas atuações ao campo do interesse real.

Assim, não está autorizado um município a propor ação civil pública indistintamente. Não pode o Município de Porto Alegre mover ação contra o de Macapá, alegando genericamente, por exemplo, infração aos primados gerais da defesa do meio, sem demonstração de seu legítimo interesse real na demanda, qual seja legitimação ordinária. Com igual ênfase, as associações e fundações privadas

A melhor solução é aquela adjetivada de mista, eis que, dada as peculiaridades do tema, a legitimação a que alude o art. 5º da Lei 7.347/85 apresenta-se biforme, ordinária e extraordinária simultaneamente.

Note-se que a legitimação biforme não está revestida de inteira novidade, já que no modelo brasileiro a ação popular serve à tutela dos interesses difusos, porquanto mediante legitimação extraordinária qualquer cidadão recebe aptidão para ingressar em juízo visando tutelar essa categoria de interesses, embora de maneira restrita, eis que a ação é direcionada ao controle de atos do poder público, que reflexamente atinjam interesses metaindividuais.

José Afonso da Silva aduziu que na hipótese de ação popular o autor não atua na condição nem de substituto nem de representante, mas age por direito próprio. Por isso, pensamos, legitimado na forma mista, porquanto o interesse na propositura do remédio popular não é, como o curial, meramente individual.³⁷³

A doutrina movimenta-se no sentido de transpor óbices porventura ainda existentes na temática da legitimação para a ação civil pública, especial-

372 BARBI, Celso Agrícola. **Comentários ao Código de Processo Civil**, vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 110-111 — Referindo hipótese de legitimação anômala disse o autor “[...] a legitimação normal, na parte em que o direito reclamado pertence ao autor, e anômala, na parte em que o direito reclamado pertence aos demais credores ou condôminos”.

373 cf. SILVA, José Afonso da. **Ação popular constitucional**. São Paulo: Ed. RT, 1978, p. 182 e ss.

mente sublinhado que a discussão do tema não mais se centra da dicotomia *legitimação ordinária ou extraordinária*.

Neste sentido, Adalberto de Souza Pasqualotto aduz, com base no texto constitucional de 88, que a legitimação passou a ser *universal*, mormente frente aos dizeres do art. 5, inc. LXXII, da Carta Política Brasileira, eis que da legitimação exclusiva do Ministério Público, derivada da Lei 6.938/81, evolui-se para a legitimação concorrente do art. 5º, da Lei 7.347/85, chegando-se à identidade de objetos em ação civil pública e ação popular, remédio agora também prescrito para a proteção do meio ambiente e do patrimônio cultural em sentido lato.³⁷⁴

Mazzili acrescenta que a legitimação, fruto dos avanços positivados na legislação, mormente os dizeres constitucionais do art. 129, III, passou a ser catalogada como substituição processual genérica:

Com a evolução legislativa, especialmente nos últimos anos, passou-se a admitir a defesa de interesses coletivos e difusos por meio de substituição processual, havendo, agora, uma norma a conferir legitimação genérica, abandonando-se o sistema da taxatividade (art. 1º, inc. IV, da Lei n. 7.347/85, incluído pela Lei n. 8.078/90, cf. tb. o art. 129, III, da CR).

Por derradeiro, cremos que a melhor solução foi a aventada por Nelson Nery Júnior e Rosa Maria B. B. de Andrade Nery, quando, baseados na doutrina alemã, sustentaram que nas hipótese de ação coletiva a *legitimação é autônoma*, face à superação do conceito de substituição processual (legitimação extraordinária).³⁷⁵

Nunca é demais lembrar que os institutos do processo civil ortodoxo não mais atendem à necessidade de hoje, no campo dos direitos difusos e coletivos.

³⁷⁴ PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. O Ministério Público e a tutela do meio ambiente. In **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**. Porto Alegre: nº 31. p. 107-127. p. 122.

³⁷⁵ NERY JÚNIOR Nelson. NERY, Rosa Maria B. B. de Andrade. In *Dano ambiental, repressão...* op. cit. p. 298, nota de rodapé nº 44 : “A doutrina alemã vem distinguindo os casos de substituição processual determinados pela lei das hipótese de ações de classe. Na substituição processual o substituto busca defender direito alheio de titular determinado, enquanto que nas ações coletivas o objeto dessa legitimação extraordinária é outro, razão pela qual essas ações têm de ter estrutura diversa do regime de substituição processual. Nessa linha de raciocínio, falando de legitimidade processual autônoma (*selbständige Prozeßführungsbefugnis*) , Reinhard Urbanczyk, *Zur Verbandesklage, im Zivilprozeß*, Carl Heßmanns Verlag, Köln-Berlin-Bonn-München, 1981, p. 42 [...]

Criada para solucionar lides de natureza individual, a legitimidade para a causa como condição da ação, está a merecer outra construção dogmática, que deverá levar em consideração o fim a que se destina essa legitimação : a defesa, em juízo, de direitos meta e supra-individuais. De conseqüência, não cabe nesta sede falar-se na dicotomia clássica da legitimação em ordinária e extraordinária, mas sim da superação dessa divisão, como já está ocorrendo na Alemanha, onde a doutrina mais moderna, fala em *legitimação autônoma* para a condução do processo (*selbständige Prozeßführungsbefugnis*) e não mais em substituição processual para qualificar essa legitimação do Ministério Público e associações para virem a juízo na defesa dos direitos difusos e coletivos. Quando o Ministério Público e as associações agem na defesa dos direitos individuais homogêneos, aí sim ocorre a substituição processual. (grifo no original)³⁷⁶

Também pensamos já ser possível extrair-se da ordem vigente interpretação no sentido de atribuir-se ao fenômeno da substituição processual marca evolutiva da legitimação autônoma, derivada dos dizeres do art. 129. III, da Constituição Federal, conjugados com o art. 1º, inc. IV, da Lei 7.347/85, ali incluído pelo teor da Lei 8.078/90.

A presença da generalidade, derivada do teor dos dispositivos retro-mencionados, aliada à legitimação concorrente e disjuntiva do art. 5º, da Lei 7.347/85, supera qualquer discussão que possa desqualificar a qualificada legitimação ali estampada, tendo por base institutos que, à luz da ótica processual tradicional, prestavam-se tão-só de alicerce à dedução em juízo de pretensões individuais ou coletivas particulares. O mérito dessa construção dogmática exatamente reside na sua finalidade, mesmo porque se a legitimação para a causa é condição da ação, na defesa judicial de direitos meta ou supra-individuais dúvidas não mais persistem quanto ao rol de legitimados, restringindo-se a análise da admissibilidade da pretensão à demonstração do interesse real do autor, eis que falta de interesse jurídico determina o indeferimento da inicial (art. 295, “caput”-III) ou extinção do processo(arts. 267-VI, 268 e 329) todos do Código de Processo Civil.

Prepondera, então, os dizeres do art. 3º do Código de Processo Civil, especialmente conjugado, analogicamente, com o teor do art. 76, do Código Civil ao preconizar que para propor ou contestar uma ação, é necessário ter legítimo interesse econômico ou moral.

Dois exemplos ilustram a questão.

Em 1993 um empreendedor particular resolveu implantar um equipamento náutico, mais precisamente um trapiche com 65 metros de comprimento, exatamente no meio da Enseada de Canasvieiras, um dos mais concorridos

376 ibidem.

balneários do norte da Ilha de Santa Catarina, que destinava-se a ornamentar um empreendimento hoteleiro ali situado. Posteriormente, o empreendedor licenciou junto à Municipalidade o projeto de engenharia respectivo, providenciando ainda o pedido de licenciamento ambiental pertinente.

Teoricamente, não dispunha o Ministério Público Estadual de legitimação para propor demanda contrária à instalação, eis que a autorização partira de órgão federal (DPU-SC) e o local de situação da obra (mar territorial, plataforma continental e terreno de marinha) integra a dominialidade da União, nos termos do art. 20 incisos, da Constituição Federal.

Não obstante, demonstrou o Ministério Público Estadual legítimo interesse real para a propositura de ação civil pública, que culminou por inviabilizar o empreendimento, atacando as licenças municipais e estaduais e argumentando que a instalação comprometeria justamente um dos mais renomados patrimônios turísticos da Ilha de Santa Catarina, e ainda que afetaria a fruição pública de um bem de uso comum do povo, mais precisamente a praia propriamente dita, nos termos do art. 10, da Lei 7.661/88 que instituiu o Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro. Ademais, a construção em tela representaria flagrante precedente, uma vez que independentemente da preponderância da destinação como bem de uso comum do povo (praia), a partir de então, todo e qualquer particular, ocupante de terreno em frente ao mar ou não, estaria teoricamente também habilitado para idêntica edificação. (v. anexo I)

Noutra demanda, diante da invasão de lotes do domínio privado do Município de Florianópolis, localizados também no centro da Praia de Canasvieiras, que culminou por gerar a instalação de uma favela de razoáveis proporções, pugnou o Ministério Público em ação civil pública a sua remoção, afinal obtida, sustentando legítimo interesse real difuso, haja vista o notório comprometimento do patrimônio turístico, representado pelo sítio em questão. Neste caso, os invasores foram assentados em loteamento popular e em condições de mais dignidade, além de acessarem a propriedade, porquanto após cadastramento, obtiveram financiamento para a aquisição dos lotes e construção das moradias. (v. anexo II)

De se ver, então, que nas hipóteses descritas não se cogitou, para definir a admissibilidade das ações, discutir legitimação, mas sim legítimo interesse, que aliás, além de definir a perfeita competência do Juízo, ainda relevou as dominialidades públicas que marcavam as áreas em litígio.

Em suma, ainda que expressamente evolua o Direito Processual Civil, no sentido de admitir, para as ações coletivas, a *legitimação autônoma*, os requisitos da legitimação ordinária continuarão informando, mediante a demonstração do interesse real para a causa, a definição do juízo e foro competentes, independentemente das dominialidades incidentes sobre as áreas em lití-

gio. Enquanto tal não acontece, pensamos prevalecer, para a hipótese, a *legitimação mista*, eis que a ordinária, além de preencher condições de admissibilidade, preponderantemente define a competência, enquanto a extraordinária, através do fenômeno da substituição processual autorizada em lei, resolve a legitimidade da parcela indeterminada, determinada ou determinável de beneficiados não presentes, mas representados na causa.

5. OUTROS INSTRUMENTOS DE DEFESA DO PATRIMÔNIO TURÍSTICO

5.1 DO INQUÉRITO CIVIL PÚBLICO

O inquérito civil público, instrumento de natureza administrativa, que não é peça imprescindível nem pressuposto processual ao aforamento de ações judiciais, de presidência e titularidade exclusivas do Ministério Público, foi introduzido no ordenamento jurídico nacional pelo teor do art. 8º, § 1º, da Lei 7.347/85. Posteriormente foi elevado ao texto constitucional de 88, nos termos do art. 129, III e consagrado na legislação infraconstitucional pelo Código de Defesa do Consumidor, art. 90, destinando-se à coleta de elementos de informação e convicção, necessários à propositura da ação civil pública. Tal elenco normativo, por outro lado, veio em fortalecimento à previsão anterior, consubstanciada no art. 15, I, II e IV, da Lei Complementar federal nº 40/81, (antiga Lei Orgânica do Ministério Público), que já fizera referência à atribuição dos membros do Ministério Público de requisitar documentos e informações, assim como de expedir notificação de comparecimento, previsão repetida na nova Lei Orgânica do Ministério Público Nacional, consoante o dizer do art. 26, Lei nº 8.625/93.

O inquérito civil público é de instauração facultativa, mesmo porque destina-se a alimentar a convicção do próprio representante do Ministério Público, que poderá obter diretamente os aludidos elementos de informação por outras vias. Também não ostenta característica de procedimento contraditório, sendo prudente dar-lhe a publicidade, nos termos do art. 37, da Constituição Federal, ressalvadas as hipóteses de sigilo legal. Vale ainda a menção de que a sua instauração não interfere na atuação dos co-legitimados para a ação civil pública.

Tornou-se instrumento de grande valia na proteção de interesses coletivos em sentido amplo, haja vista a inserção, através do art. 113, do Código de Consumidor de dispositivo segundo o qual “os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às

exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial”.

O ponto controvertido, tanto aqui como em sede de transação judicial em ação civil pública, diz respeito ao seu conteúdo, posto que o instituto jurídico da transação envolve o próprio conteúdo material do direito, sendo que o legitimado para a defesa do interesse coletivo em sentido amplo não conta com legitimidade para dispor de interesses metaindividuais.

A questão a esclarecer, portanto, diz mais respeito ao suporte legal autorizatório da transigência, aliado ao ponto da controvérsia a ser composto.

Assim, o legitimado, em sede de inquérito civil público o Ministério Público com exclusividade, não poderá dispor nem olvidar do conteúdo material controvertido, no sentido de absolver de instância o interessado.

Nada impede, por outro lado, a autocomposição da controvérsia, através de transação extrajudicial, como preconiza o art. 5º, § 6º, da Lei 7.347/85, quando possível a obtenção de tudo quanto seria o objeto do pedido da ação civil pública. Assim se materializa imediata preservação, sem a necessidade da, as vezes morosa, prestação jurisdicional. Ademais, a transação em inquérito civil não obsta, como já se disse, a atuação dos demais co-legitimados, que, quando inconformados com os termos do ajuste, poderão acessar normalmente as vias jurisdicionais próprias.

Também releva destacar que mesmo a possibilidade de acordo judicial não é novidade em sede de interesses coletivos em sentido amplo, haja vista a expressa referência legal estampada no art. 7º, parágrafo único, da Lei nº 7.661, de 16. 5. 88, que instituiu o Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro. Do mesmo modo, expressamente a lei proíbe a efetivação de transação, acordo ou conciliação de qualquer espécie, em se tratando de responsabilização de agentes públicos nos atos de enriquecimento ilícito, consoante é a dicção do art. 17, § 1º, da Lei nº 8.422/92. Em suma, tanto a autorização legal quanto a proibição da transigência encontram-se positivadas no direito brasileiro.

5.2 DO TOMBAMENTO

É possível definir o tombamento como sendo um ato administrativo ou legislativo pelo qual o Poder Público declara o valor histórico, artístico, paisagístico, turístico, pitoresco, natural, estético, arqueológico, paleontológico, ecológico, cultural, ou científico de coisas móveis ou imóveis, ou locais, que em

razão de tais atributos, devam ser preservados, inscrevendo-as no respectivo Livro de Tombo, sujeitando-as a regime especial de limitação ao exercício da propriedade.

Trata-se de ato que ostenta dupla natureza, porquanto ao tempo em que declara o valor cultural do bem, também é constitutivo, já que promove alteração substancial no seu regime jurídico.

Este instituto jurídico-administrativo no sistema brasileiro tem base constitucional, nos termos do art. 216, § 1º, da Carta de 88, que preconiza o seguinte:

O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento, desapropriação e de outras formas de acautelamento e preservação.

Os efeitos de maior realce do tombamento dizem respeito ao direito de construir, como decorrência das limitações administrativas dele derivadas. Tais restrições são instantâneas à formalização do ato, independentemente de registro, inscrição ou averbação no registro imobiliário, já que “ não constituem elementos do processo de tombamento, não o aperfeiçoam, nem condicionam seus efeitos”, mesmo porque as inscrições registrárias não conduzem a constituição de direitos reais privados, visando, apenas, à publicidade assecuratória da observância das restrições legais sobre a alienabilidade de bens tombados e o exercício das preferências do Poder Público nos termos dos arts. 12, 13 e 22 do Decreto-lei nº 25/37.³⁷⁷

O reflexo imediato recai sobre o instituto da licença, assim transformada em autorização a juízo da autoridade, desvinculada de critérios rígidos que

³⁷⁷ RODRIGUES, José Eduardo Ramos. Tombamento e patrimônio cultural. In **Dano ambiental, prevenção, reparação e repressão**. Coord. Antonio Herman V. Benjamin., op. cit p. 181- 206. p. 192.

informam o primeiro instituto:³⁷⁸

A grande inovação do tombamento é transformar o instituto jurídico da licença para construir em autorização para construir, modificar e alterar. Assim, não é um instituto jurídico que somente tenha como consequência a inscrição do bem, como pretende a ilustre jurista Lúcia Valle Figueredo. Dessa forma, a Administração Pública passa a ter em suas mãos *o juízo da conveniência e da oportunidade* da modificação do bem tombado, não estando mais vinculada a critérios preordenados como no caso na licença. (original sem grifos) ³⁷⁹

De fato, pensar em sentido oposto importa em remover quaisquer desdobramentos práticos do instituto. Sendo da essência do tombamento que a coisa tombada não pode ser demolida, destruída ou mutilada, obviamente que qualquer intervenção legítima importa na obtenção de autorização prévia e discricionária do órgão público competente, limitação aliás que atinge e obriga tanto bens privados quanto públicos.

Em relação à competência para o tombamento, evidentemente que a modalidade é a concorrente, porquanto o instrumento se presta para embasar procedimentos nas três esferas governamentais, sendo que o Decreto-lei 25/37 (lei do tombamento) “serve como um instrumento unificador dos procedimentos

378 MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo..., 17º ed., op. cit. p. 170-171: “Licença é o ato administrativo vinculado e definitivo pelo qual o Poder Público, verificando que o interessado atendeu a todas as exigências legais, faculta-lhe o desempenho de atividades ou a realização de fatos materiais antes vedados ao particular, como, p. ex. [...] a construção em terreno próprio. A licença resulta de um direito subjetivo do interessado, razão pela qual a Administração não pode negá-la quando o requerente satisfaz todos os requisitos legais para a sua obtenção, e, uma vez expedida, traz a presença de definitividade. Sua invalidação só pode ocorrer por ilegalidade na expedição do alvará[...] Autorização é ato administrativo discricionário e precário pela qual o Poder Público torna possível ao pretendente a realização de certa atividade, serviço ou utilização de determinados bens particulares ou públicos, de seu exclusivo ou predominante interesse, que a lei condiciona à aquiescência da Administração[...] Na autorização, embora o pretendente satisfaça as exigências administrativas, o Poder Público decide discricionariamente sobre a conveniência ou não do atendimento da pretensão do interessado ou da cessação do ato autorizado[...] Não há qualquer direito subjetivo à obtenção ou continuidade da autorização, daí porque a Administração pode negá-la ao seu talante, como pode cassar o alvará a qualquer momento, sem indenização alguma”.

379 MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Ação civil pública: ambiente, consumidor, patrimônio cultural; tombamento**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, p. 87.

nacionalmente utilizados pela administração em seus diversos níveis”.³⁸⁰

Tal consideração importa afirmar que os diversos entes políticos da federação estão habilitados a efetuar tombamento, inclusive quando recaia o ônus sobre bem público que não seja de titularidade ou domínio da entidade que o formaliza.³⁸¹

Diz a doutrina o seguinte:

Assim é porque o interesse na preservação do bem é particularíssimo em relação à entidade que tomba. Não é possível que a inexistência de interesse federal implique na inexistência de interesse local ou regional. Há uma prevalência dos interesses federais e não a exclusão dos interesses de nível federativo inferior.³⁸²

Obviamente que o critério norteador é o do interesse na preservação, que poderá ser geral nacional, estadual ou municipal, razão pela qual nada obsta que o Município tombe bens de domínio da União e dos Estados, e que os Estados tombem bens federais, já que não existe restrição constitucional ou legal que impeça tal procedimento.

5.3 DA PRESERVAÇÃO POR DECISÃO DO PODER JUDICIÁRIO

Consoante os dizeres constitucionais estampados no art. 216, § 1º da Carta Política de 88, é dever do Poder Público, aqui entendidos os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, proteger os bens que integram o patrimônio cultural brasileiro, através de quaisquer formas de acautelamento ou preservação, ainda que tais bens não estejam formalmente tombados. Não há, então, razão jurídica que importe em negar ao Poder Judiciário a possibilidade de resguardar o patrimônio turístico, assim reconhecido em sentença, mesmo que não formalizado tombamento

De fato, o valor cultural de sítio ou bem, é marca e característica

380 ANTUNES, Paulo de Bessa. Curso de direito ... op. cit. 244.p.

381 Exemplos neste sentido podem ser extraídos do teor dos Decretos nºs , que tombam como patrimônio natural do Município de Florianópolis os cordões dunares das Praias da Joaquina, Ingleses e Lagoa da Conceição, bens de óbvia dominialidade de União.

382 id.p. 245.

intrínseca, tão-só formalizada e oficialmente reconhecida quando do tombamento, sendo que o reconhecimento poderá se dar por decisório judicial transitado em julgado. Sustenta a doutrina pátria a desnecessidade da prévia intervenção do Poder Executivo, como condicionante de manifestação tendente ao resguardo de bem cultural pelos demais poderes, mesmo porque nem a Constituição Federal, nem a lei ordinária mencionam tal requisito.³⁸³

Com efeito, o art. 1^a, da Lei 7.347/85, (Lei da Ação Civil Pública), viabiliza a propositura de ações judiciais de resguardo do patrimônio cultural brasileiro, dispensando pré-requisito para tal defesa do prévio tombamento pelo Poder Executivo.

Assim também entende a jurisprudência:

Ação Civil Pública — Preservação de praça pública — Valor histórico e paisagístico — Interesse da comunidade, no sentido de resguardo de tradições locais — Reconhecimento de sua existência que pode ser efetivado pelo Judiciário, não sendo privativo do órgão Legislativo ou Administrativo — Lei Federal n. 7.347/85 — Ação procedente — Recursos não providos.³⁸⁴

Do corpo do acórdão publicado na RJTJESP, v. 114, p. 38, a lúcida manifestação jurisprudencial, justamente asseverando que o reconhecimento da existência de valor histórico e arquitetônico, hipótese ali em julgamento, pode ser feito pelo Poder Judiciário:

A lide se instaurou em torno da configuração ou não, do valor social do bem que se pretende proteção. Como não é privativo do órgão Legislativo, ou Administrativo, a identificação de um valor social, tem o Judiciário poder para se pronunciar a respeito. A identificação da natureza do interesse social apontado não é privativa e exclusiva do órgão legislativo ou da Administração. “O interesse público não é só aquele que o legislador declara, mas a realidade mesma, sentida pelo critério social. Esta situação pode se apresentar e anteceder à própria declaração legislativa. São tendências sociais que podem ser reconhecidas pelo Judiciário”. (JOSÉ RAUL GAVIÃO, “Da legitimação na Ação Civil Pública”, p. 59, in “Biblioteca da Faculdade de Direito — USP —”). E prossegue o citado Magistrado citando MÁRIO VELLANI: “novas tendências sociais podem fazer considerar de interesse público relações que não revelam tal interesse em um momento anterior, e de qualquer forma antes

383 No sentido do texto, RODRIGUES, José Eduardo Ramos. Tombamento e patrimônio cultural. In Dano ambiental, repressão... op. cit. p. 193.

384 Acórdão prolatado na Apelação Civil nº 112.282-1. — Casa Branca — Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Relator Des. Fonseca Tavares, publicado na Rev. Jur TJESP, nº 122, p. 50-52.

que o legislador delas se ocupe” (ob. e loc. cit.). O interesse público, em síntese, pode ser defendido como realidade social. Controvérsia pode se instaurar, não sobre se ele merece proteção, mas sobre a sua configuração. A solução só pode ser dada após a fase instrutória, como sucede em qualquer lide onde a controvérsia incide sobre fatos. Inserindo-se na atribuição do Judiciário verificar se ocorre ou não o fato pressuposto da configuração jurídica das realidades protegidas pela Lei 7.347/85, para conceder ou não a proteção que essa norma lhe concede, o mérito não pode ser julgado sem que as provas tenham sido produzidas. A identificação do valor artístico ou estético, não emerge de mera criação da autoridade administrativa, existe no plano da vida. A ação proposta visa apurar, para fins protetivos, a existência ou não, do interesse público, afirmado na inicial. Não há restrição ao poder revisional dos Tribunais, sobre o juízo da Administração, quando não reconhece os valores de vida referidos na Lei 7.347 (RF v. 98/586). É de nossa organização política a posição superposta do Judiciário em face de outros Poderes, sempre que se trate de interpretar e aplicar um texto de lei.³⁸⁵

5.4 DO SOLO CRIADO

A noção de solo criado e a conseqüente transferência do direito de construir, quando bem entendida e corretamente aplicada, presta-se sobremaneira para instrumentalizar a conservação do patrimônio cultural, e assim também do patrimônio turístico.

O uso do solo urbano e seus mecanismos de controle pela Administração materializam-se através de instrumentos, dentre os quais situam-se especialmente as restrições ao exercício da atividade edilícia sobre imóveis, expressas em leis de zoneamento.

Em matéria de zoneamento os institutos fundamentais são o coeficiente de aproveitamento e a taxa de ocupação. O primeiro parâmetro expressa a relação entre a área construída, mais precisamente a soma das áreas dos pisos utilizáveis, cobertos ou não, incluindo todos os pavimentos de uma edificação, e a área total do imóvel em que a edificação esteja situada; e o segundo expressa a relação entre a área ocupada (isto é, a projeção em plano horizontal da área construída acima do nível do solo) e a área total do terreno.³⁸⁶

385 Acórdão prolatado na Apelação Civil nº 95.285-1 — Ribeirão Preto — Oitava Câmara Civil, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Rel. Des. Jorge Almeida, publicado na Rev. Jur. TJESP, nº 114, p. 38.

386 cf. GRAU, Eros Roberto. Direito urbano... op. cit. p. 56.

O coeficiente de aproveitamento apresenta-se então variável em função de diretrizes fixadas em leis de uso e ocupação do solo, especificado também na dependência de definições de densidade estabelecidas para as diversas zonas da cidade.

Deriva daí, aliada à tecnologia das construções, a possibilidade de criação artificial de áreas horizontais, assunto assim anotado por Grau:

A noção de solo criado desenvolveu-se inicialmente a partir da observação da possibilidade de criação artificial de área horizontal, mediante a sua construção sobre ou sob o solo natural. Compreendia-se assim o solo criado como o resultado da criação de áreas adicionais utilizáveis, não apoiadas diretamente sobre o solo natural. Não se confunde, no entanto, a noção — mesmo quando nestes termos entendido — com a de ocupação do espaço aéreo, visto que pode haver ocupação de espaço aéreo sem criação de solo: seria o caso de construção de uma torre de grande altura, sem pavimentos intermediários, ou de nave de um catedral gótica também de grande altura, mas sem nenhum plano utilizado no intermediário. Por outro lado, pode haver criação de solo sem ocupação do espaço aéreo: seria o caso das construções no subsolo, que ocupam um espaço subterrâneo.³⁸⁷

A partir de novos estudos urbanísticos o solo criado passou a ser entendido da seguinte maneira:

[...] o resultado de construção praticada em volume superior ao permitido nos limites do coeficiente único de aproveitamento. tudo quanto se construa, pois, além do *quantum* convencionado em tal coeficiente, inclusive no andar térreo, é entendido como solo criado.³⁸⁸

Importante adicionar que idéia de coeficiente único não se confunde com a noção de índice de aproveitamento, razão de não impedir a instituição do solo criado, mesmo porque a lei de zoneamento pode perfeitamente, em razão de fatores urbanísticos, fixar esses índices em níveis maiores ou menores que aquele coeficiente, em áreas diversas do município.

Lógico que a noção de solo criado está intimamente ligada à fixação de um coeficiente de aproveitamento idêntico para todos os terrenos de um município, região ou país, que especialistas vêm admitindo como igual a um, considerando-se solo criado a área construída que sobrepujasse, em metros quadrados, o valor equivalente ao da área do terreno.

387 id. p. 57.

388 id. p. 57.

A respeito do fenômeno, José Afonso da Silva assevera que apenas recentemente o mundo jurídico passou reconhecer esse instrumento, inserindo-o no sistema normativo, mediante a observância dos seguintes requisitos básicos:

- 1 — coeficiente de aproveitamento único;
- 2 — vinculação a um sistema de zoneamento rigoroso;
- 3 — transferência do direito de construir;
- 4 — proporcionalidade entre solos públicos e solos privados.³⁸⁹

A consequência imediata da noção de solo criado é a possibilidade de transferência do direito de construir, de um lote para outro, de acordo com certas regras estabelecidas em lei. Assim, para construir além do coeficiente de aproveitamento fixado, o particular interessado pode adquirir direitos, parciais ou totais de terceiros, que nos seus respectivos terrenos não poderão mais nada construir.

Ademais, observado o requisito da proporcionalidade entre solos públicos e privados, aqueles que desejam construir em nível superior ao do coeficiente único, ficam obrigados a reequilibrar a proporção assim rompida entre áreas públicas e privadas, doando áreas ao poder público, para o incremento de equipamentos comunitários.

O instituto se afigura como mecanismo valiosíssimo de correção de injustiças individuais, oriundas do fato que normalmente uns terrenos valem mais do que outros, em razão da definição de diversos e distintos coeficientes de aproveitamento, além de frear a natural pressão exercida sobre o Poder Público no sentido da promoção de alterações legislativas no zoneamento.

Também, o solo criado presta-se magnificamente para preservar o patrimônio cultural, uma vez que o particular atingido pelas restrições inerentes ao tombamento receberia viva compensação em dinheiro, face à possibilidade de alienar seu direito de construir sobre a área, a ser utilizado pelo adquirente em área distinta.

³⁸⁹ SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico ...op. cit.* p. 233.

5.5 DO MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO

O mandado de segurança coletivo, instituído pela carta de 1988, nos termos do art. 5º, incisos LXIX e LXX, representa, fundamentalmente, um mecanismo processual constitucional — ação constitucional —, de garantia de direitos coletivos, sociais e políticos, podendo ser impetrado por:

- a) partido político com representação no Congresso Nacional;
- b) organização sindical, entidades de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

Este mandado de segurança segue, no pertinente aos pressupostos e procedimento, o comum, relativo ao remédio de proteção ao direito individual, fixada a inovação tão-só no tópico inerente à legitimidade ativa.

Em sede de tutela do meio ambiente e do patrimônio cultural, o tema se apresenta controvertido.

Assim, sem mais delongas, Paulo de Bessa Antunes sustenta o seguinte:

Ora, é perfeitamente possível que se apresentem situações nas quais um dano ambiental esteja sendo cometido, ou venha a ser cometido, ou mesmo um atentado a qualquer interesse difuso e que tais fatos venham a se impedidos por via de um Mandado de Segurança Coletivo, v. g., alteração de fachada de um bem tombado pelo patrimônio histórico, construção de uma estrada sem prévio estudo de impacto ambiental, etc. Tais hipóteses são perfeitamente contempladas pelo Mandado de Segurança Coletivo.³⁹⁰

Hely, por sua vez, aduz:

Na realidade, embora haja referência no artigo à “defesa dos interesses dos seus membros”, entendemos que somente cabe o mandado de segurança coletivo quando existe direito líquido e certo dos associados, e no interesse dos mesmos é que a entidade, como substituto processual, poderá impetrar a segurança, não se admitindo, pois, a utilização do mandado de segurança coletivo para defesas de interesses difusos, que deverão ser protegidos pela ação civil pública.³⁹¹

390 ANTUNES, Paulo de Bessa. Curso de direito... op. cit. p. 240

391 MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção e “habeas data”. 16º ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 21.

A jurisprudência, porém, vem admitindo a discussão pela via desta espécie de mandado de segurança, de interesses coletivos, inclusive “quando o interesse ferido é de coletividade menor, mas coletividade inserida na maior”:

MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO — Impetração por entidade de classe visando à defesa de interesses de alguns de seus integrantes — admissibilidade desde que com abrangência suficiente para assumir a condição de interesses coletivos — Desnecessidade de expressa autorização dos associados ou indicação nominal dos beneficiários diretos — Inteligência da alínea “b” do inc. LXX, c/c o inc. XXI, do art. 5º, da CF.³⁹²

De nossa parte, adotamos a posição de Bessa Antunes, acrescentando que não há razão para limitar o que o texto constitucional não limitou. Ora, o avanço reside exatamente na possibilidade do acesso coletivo à Justiça contra ato ilegal, abusivo, e tão freqüentemente arrogante, perpetrados por autoridades em desfavor de interesses da sociedade. Não há porque individualizar o prejuízo e o acesso Poder Judiciário, quando a conduta do administrador fratura o interesse ou direito de parcela comunitária identificada, mediante ordens ou atos que maculem o meio ambiente, seja natural, artificial ou cultural. Tal visão desconforme com a modernidade apenas serve para desestimular o exercício da cidadania, ou, quanto muito, para entupir o Judiciário, mediante infundáveis demandas individuais. Claro que aqui deve prevalecer o alerta doutrinário, que menciona que interesse coletivo não é mera soma de interesses individuais, mas, sim, o interesse aglutinado, despojado do sentido egoístico.³⁹³

5.6 DA AÇÃO POPULAR E DO DIREITO DE INFORMAÇÃO

A ação popular, como ação especial, inscrita dentre as garantias constitucionais fundamentais, consta da ordem constitucional brasileira desde a Carta de 1934, concebida especialmente como o primeiro remédio processual de

³⁹² Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Mandado de Segurança 10.503-0 — TP-j. 18.4.90 — Rel. Des. Yussef Cahali, acórdão publicado na Revista dos Tribunais, v. 657, p. 74. (No mesmo sentido :v. acórdão publicado na RJTJRS 154/372).

³⁹³ v. p. 146 retro.

tutela de interesses coletivos em sentido amplo.

Humberto Theodoro Júnior, citando pesquisa jurisprudencial realizada por Barbosa Moreira, arrola os seguintes casos práticos de utilização da ação popular em defesa de interesses difusos:

- a) anulação do ato que aprova o projeto de construção de aeroporto de Brasília, pelo fundamento de que ele não se harmoniza com a concepção estética que presidia à edificação da nova capital do País;
- b) impugnação dos atos administrativos relacionados com o aterro parcial da Lagoa Rodrigo de Freitas, no Rio de Janeiro, e com edificação de prédio comercial, sob pretexto de desfiguração de local de particular beleza paisagística;
- c) impedimento da demolição de edifício público em São Paulo, de valor artístico e histórico, para a construção de estação do Metropolitano;
- d) anulação de resolução de Câmara Municipal, em Minas Gerais, que autorizara, sem limites, a extração de madeira em floresta protetora de nascentes d'água indispensável ao abastecimento da população da cidade.³⁹⁴

Na ordem vigente, a ação popular constitucional está prevista no art. 5º, LXXII, da Constituição de 1988, nos seguintes termos:

Qualquer cidadão é parte legítima para propor Ação Popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade que o Estado participe, a moralidade administrativa, ao meio ambiente, ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor salvo comprovada má-fé, isento de custas e do ônus da sucumbência.

Dúvidas não existem em relação à possibilidade de emprego da ação popular constitucional na defesa do patrimônio turístico.

Isto porque, o próprio texto constitucional expressamente capitulou o meio ambiente, o patrimônio histórico e cultural como bens passíveis da tutela através do emprego desse mecanismo de exercício da cidadania.

Ademais, note-se que a Lei 6.513/77, introduziu expressa referência à proteção do patrimônio turístico, ao modificar a redação do art. 1º. § 1º, da Lei 4.717/65, que regulamenta a ação popular.

Segundo a doutrina pátria, “ a Ação Popular é um dos mais tradicionais meios de defesa dos interesses difusos no direito brasileiro. O autor popular, cidadão brasileiro no gozo de seus direitos políticos, age em nome próprio

394 THEODORO JÚNIOR, humberto. A Tutela dos interesses... op. cit. p. 11.

na defesa de um bem da coletividade”.³⁹⁵

Assim a ação é instituto constitucional deferido ao cidadão, não podendo ser exercitado por pessoas jurídicas ou por associações, fato que não impede a reunião litisconsorcial de vários cidadãos para a sua propositura

Sobre a questão assim se manifestou Hely:

É um instrumento de defesa dos interesses da coletividade, utilizável por qualquer de seus membros. Por ela não se amparam direitos individuais próprios, mas sim interesses da comunidade. O beneficiário direto e imediato desta ação não é o autor; é o povo, titular do direito subjetivo ao governo honesto. O cidadão a promove em nome da coletividade, no uso de uma prerrogativa cívica que a Constituição da República lhe outorga.³⁹⁶

Cappelletti complementa:

Na ação popular, propriamente dita, *quisquis do populo*, qualquer um, pode acorrer a juízo, prescindindo da exigência de ser titular de um fragmento do direito, cuja tutela é demandada. Abolição absoluta da idéia mesma de legitimação para agir. Todos estão legitimados. O conceito de legitimação desaparece.³⁹⁷

Por outro lado, o ponto fundamental para a tutela eficiente de direitos coletivos e difusos via ação popular é exercício do direito de informação, sem o que não será possível a interposição de ação bem instruída.

Neste ponto particular, ainda que a Constituição Federal de 1988 assegure ao cidadão acesso aos estudos prévios de impacto ambiental (art. 225, §1º, IV), cremos de melhor valia o teor do art. 5º, XXXIII, da mesma Carta Política, que preconiza:

Todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.

Ademais, negando-se, imotivadamente, a autoridade a fornecê-las, além do mandado de segurança pertinente, poderá a parte interessada interpor a

³⁹⁵ ANTUNES, Paulo de Bessa. Curso de direito ... op. cit. p. 240.

³⁹⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. Mandado de segurança, ação popular... op. cit. p. 88

³⁹⁷ CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à justiça. Conferência... op. cit. p. 23.

ação sem elas, requerendo digne-se o Magistrado da causa a requisitá-las, sem prejuízo de ações cautelares prévias ou incidentais, conforme o caso.

5.7 DA DESAPROPRIAÇÃO³⁹⁸

O art. 216, da Constituição Federal de 1988, preconiza que “constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira”. Por outro lado, o inciso V do aludido artigo assevera que dentre esse patrimônio estão incluídos “os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico”.

Já o parágrafo primeiro determina que “o poder público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação e

398 SALLES, José Carlos de Moraes. A desapropriação.. op. cit. p. 59-60: “O primeiro diploma a regular a desapropriação, do qual se tem notícia no Direito brasileiro é o Dec. de 21.5.1821. Esse decreto, por sua importância e ao mesmo tempo pelo pitoresco de sua redação merece ser transcrito: “Decreto de 21 de maio de 1821. Prohibe tomar a qualquer, cousa alguma contra a sua vontade e sem indemnisação. Sendo uma das principais bases do pacto social entre os homens a segurança de seus bens; e Constando-Me que com horrenda infracção do Sagrado Direito de Propriedade se commettem os attentados de tomar-se, a pretexto de necessidades do Estado, e Real Fazenda, effeitos de particulares contra a vontade destes, e muitas vezes para se locupletarem aquelles, que os mandam violentamente tomar; e levando sua atrocidade a ponto de negar-se qualquer título para poder requerer a devida indemnisação: Determino que da data deste em diante, a ninguem possa tomar-se contra sua vontade cousa alguma de que fôr possuidor ou proprietario; sejam quaesqueur que forem as necessidades do Estado, sem que primeiro de commun accordo se ajuste preço, que lhe deve por a Real Fazenda ser pago no momemnto da entrega; e porque pode acontecer que alguma vez faltet meios proporcionaes a tão promptos pagamentos: Ordeno, nesse caso, que ao vendedor se entregue Título aparelhado para em tempo competente haver sua indemnisação, quando elle sem constrangimento consinta em lhe ser tirada a cousa necessaria ao Estado e aceite aquelle modo de pagamento. Os que o contrario fizerem incorrerão na pena do dobro do valor a beneficio dos effendidos. O Conde dos Arcos, do Conselho de Sua Magestade, Ministro e Secretário de Estados dos Negocios do Reino do Brazil, e Estrangeiros, o tenha assim entendido, e o faça executar com os despachos necessarios. Palácio do Rio de Janeiro em 21 de maio de 1821. Com a rubrica do Príncipe Regente. Conde dos Arcos”.

de outras formas de preservação”.

Conforme o demonstrado, o patrimônio turístico está incluído no conceito de patrimônio cultural brasileiro, razão pela qual é perfeitamente admissível o emprego da desapropriação como instrumento de sua defesa.

Claro que nesta hipótese, prepondera o princípio geral estampado no art. 5º, inciso XXIV, que determina : “ a lei estabelecerá o procedimento para a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição”.

5.8 DA DEFESA JUDICIAL PRIVADA DO PATRIMÔNIO TURÍSTICO E DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA

Consoante o afirmado alhures, os bens direitos e valores culturais, mencionados no inc. III, da art. 1º, da Lei 7.347/85, e , por extensão, todo elenco aludido no art. 216, da Constituição Federal, podem sofrer poluição, no sentido técnico do termo.

A Lei 7.347/85 é texto eminentemente de natureza e destinação processual e procedimental, eis que dispõe sobre ação civil pública, razão pela qual é natural que não refira expressamente o regime de responsabilidade civil destinado a alicerçar a condenação de poluidores.³⁹⁹

A questão foi tratada na Lei 6.938/81, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente, ao incorporar definitivamente no ordenamento jurídico nacional, em sede de poluição ambiental, o regime da responsabilidade objetiva.

Com efeito, preconiza a lei sob comento:

Art. 14 — Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:

[...]

§ 1º — Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o po-

³⁹⁹ v. art. 19, da Lei 7.347/85, sobre a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil.

luidor obrigado, independentemente de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor a ação de responsabilidade civil e criminal por danos causados ao meio ambiente.(original sem grifos)

Assim, do texto da lei emerge que tanto em relação à responsabilidade civil do Estado, quanto em relação à responsabilidade civil privada, na matéria ambiental está peremptoriamente afastada a *culpa aquiliana* do art. 159, do Código Civil, isto é, não são ponderáveis na responsabilização as intenção do agente, bastando que se comprove o trinômio dano-agente-nexo causal.

Paulo Affonso Leme Machado aduz, sobre a responsabilidade objetiva, o seguinte, comentário, aliás perfeitamente aplicável, quando o tema é patrimônio turístico:

Não se aprecia subjetivamente a conduta do poluidor, mas a ocorrência do resultado prejudicial ao homem e seu ambiente. A atividade poluente acaba sendo uma apropriação pelo poluidor dos direitos de outrem, pois na realidade a emissão poluente representa um confisco do direito de alguém de respirar ar puro, beber água saudável e viver com tranquilidade. Por isso, é imperioso que se analisem oportunamente as modalidades de reparação do dano ecológico, pois muitas vezes não basta indenizar, mas fazer cessar a causa do mal, pois, um carrinho de dinheiro não substituiu o sono recuperador, a saúde dos brônquios, ou a boa formação do feto.⁴⁰⁰

Interessa notar agora que a agressão aos bens que compõem o patrimônio turístico pode atingir catastroficamente o patrimônio do particular.

Apenas para exemplificar, pensemos na hipótese do hotel de selva antes mencionado. De que valeria um hotel de selva sem a floresta íntegra nas suas cercanias?

Caberiam nestas circunstâncias ações privadas, fundadas em responsabilidade civil objetiva? A luz do texto legal brasileiro a resposta só pode ser afirmativa, ante a expressa referência do § 1º. do art. 14, da Lei 6938/81, ao preconizar que “é o poluidor obrigado, independentemente de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros afetados pela sua atividade”.

Assim, além dos instrumentos próprios da defesa dos interesses coletivos em sentido amplo, também teriam cabimento o mandado de segurança individual ou qualquer das ações privadas admitidas no texto processual civil, quer fundadas em relação de vizinhança ou em situações que a ela transcendam, va-

400 MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito ambiental... op. cit. p. 211.

riando apenas o fundamento de direito material. Noutras palavras: se presentes os requisitos das relações particulares de vizinhança, ainda que invocáveis as regras jurídicas publicísticas do Direito Ambiental, o alicerce de direito material da demanda entre os particulares será principalmente o dos artigos 554 e 555, ambos do Código Civil. De outro lado, se presente na relação controvertida o Poder Público, a fundamentação para a ação é a regra jurídica publicística com exclusividade.

Neste particular, Pontes de Miranda agrega interessante contribuição ao afirmar que *a ofensa a direito de vizinhança é independente de culpa*”, ou seja, aplicável na hipótese o regime da responsabilidade objetiva.

A pretensão à indenização que nasce de ofensa a direito de vizinhança é independente de culpa. (A culpa, de que se cogita no art. 561, não se refere ao ato ilícito, ou ato-fato ilícito, ou fato ilícito, de que emane a outrem a pretensão à indenização por ofensa a direito de vizinhança: trata-se, ali, tão-só, da culpa do próprio titular do direito de vizinhança, que, a despeito da culpa, pode exigir nova comunicação com a via pública). A indenização por exercício a direito de vizinhança é à semelhança da que há de receber o proprietário desapropriado, e essa semelhança mostra naquela o não ser ofensa por fato ilícito. A indenização por prejuízos que possam advir pela proximidade de indústrias, que sejam permitidas por lei no local e inevitáveis, também não é indenização por ato ilícito; dela é exemplo a indenização fundada no art. 23 do Código de Minas (Decreto-lei n. 1.985, de 29 de janeiro[...])⁴⁰¹

⁴⁰¹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Tratado de direito privado**, 4ª ed., t. XIII, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1983, p. 293.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Antes de formular no plano teórico o conceito de *patrimônio turístico*, é necessário aduzir esclarecimentos conceituais relativos ao fenômeno e à vocação turística. Assim, por fenômeno turístico entende-se o deslocamento de pessoas para lugares que lhe proporcionem especial atração de beleza, lazer, divertimento, comodidade e repouso. Tal fenômeno se instala quando presente a chamada vocação turística, admitida como a especial atratividade, ante a incidência, em determinadas localidades, de bens ou conjunto de bens, culturais, artificiais ou naturais, ordenados materialmente, eis que condicionados seus usos, assim como os usos de áreas e locais que lhes são pertinentes.

Isto posto, entende-se por patrimônio turístico o conjunto de bens naturais, artificiais e culturais que, por suas características intrínsecas, possuem atratividade para a visitação.

O patrimônio turístico está incluído na noção de patrimônio cultural, não obstante agregando bens que integram o meio ambiente em sentido lato, tanto natural, quanto o artificial e o cultural propriamente dito.

A partir do conceito amplo de meio ambiente, acolhido no direito positivo brasileiro, nos termos da Lei nº 6.938/81, foi possível classificá-lo desdobrado em meio ambiente natural, artificial e cultural. Este meio ambiente cultural mereceu expressa referência no texto da Constituição Federal de 1988, que no artigo 216 definiu os elementos que o integram e estipulou mecanismos de sua proteção. Sucede que, dada a escassez de atividade legiferante ordinária sobre a questão, ainda parece prevalecer a idéia de que o patrimônio cultural se resume a valores históricos e artísticos, esquecendo-se o patrimônio turístico, justamente aquele que pode congrega todos os demais bens que compõem o meio ambiente natural, artificial e cultural.

Tal conclusão também emerge da dicção da Constituição Federal de 1988, eis que curiosamente nenhuma referência foi feita ao patrimônio turístico na Seção relativa à Cultura, em especial no art. 216.

O constituinte preferiu fazê-lo no título pertinente à Ordem Econômica e Financeira, art. 180, referindo a palavra *turismo*, como fator de desenvolvimento social e econômico do país, enquadrado, portanto, como setor relevante da atividade econômica.

Noutra referência constitucional, agora no art. 24, incisos VII e VI-II, especificamente o tema é abordado em relação à competência concorrente, tanto em sede de proteção do patrimônio turístico, como em matéria de responsabilidade por dano a bens e direitos de valor turístico.

Por fim, colhe-se do teor do art. 23, inc. III e VI, a competência comum para a atuação legislativa no pertinente à proteção dos bens que integram tanto o patrimônio cultural brasileiro, bem como aqueles que, como variáveis de composição, formam o patrimônio turístico nacional.

Duas são as considerações possíveis e emergentes da ordem constitucional assim relatada: a primeira, diz respeito à intervenção estatal sobre o domínio econômico setorial, extraída da combinação dos artigos 170 e incisos, com o artigo 180; a outra, também representativa de intervenção, pertinente à disciplina do uso do patrimônio turístico, com implicações no pleno exercício de direitos individuais.

A escassa aplicação prática da Lei nº 6.513/77, que dispõe sobre a criação de Áreas Especiais e de Locais de Interesse Turístico pode ser explicada. Assim, ao adotar, no texto legal *sob comento*, instrumentos de natureza urbanística e administrativa, restritivos da plena propriedade, direcionou o legislador comando legal ordenatório do momento inicial do ciclo econômico turístico, como lei própria setorial, de significado estatizante, não representando a lei sob comento instrumento de proteção ambiental desvinculado daquela destinação ordenatória de um setor da economia.

Merece destaque o inegável avanço representado pelo art. 33, da referida Lei 6.513/77, que determinou a inclusão dos bens e direitos de valor turístico no rol daqueles que formam o patrimônio público, descrito no art. 1º, § 1º, da Lei 4.717/65, que disciplina a Ação Popular, agora num sentido desmonetizado, ensejando tutela de interesses ligados ao urbanismo, atividades edilícias, preservação de paisagens naturais, obras ou locais de valor histórico-cultural, do meio ambiente, enfim, em sentido amplo e genérico. Tal atributo, ademais, veio alicerçar uma nova categoria de bens, adjetivados pela doutrina como bens públicos e privados de interesse público, sujeitos à subordinação ao uso social e a regime jurídico particular.

Daí a possibilidade, agregada logicamente a disciplina constitucional, de extrair-se a natureza jurídica do patrimônio e dos bens e direitos de valor turístico como patrimônio público e social, de uso comum do povo, de acordo com os artigos 129, III e 225, caput, da Constituição Federal de 1988, combinados com art. 1º, § 1º, da Lei nº 4.717/65, que trata da Ação Popular e art. 2º, inc. I, da Lei 6.938/81, que versa sobre a Política Nacional do Meio Ambiente.

Noutro passo, verifica-se que o legislador ao se referir no art. 1º, inc. III, da Lei 7.347/85, que disciplina a Ação Civil Pública e no art. 1º, § 1º, da Lei 4.717/65, da Ação Popular, bens e direitos de valor turístico, levou em consideração serem eles o objeto de uma relação material e imaterial, alheia ao direito privado e situada no campo da *utilidade coletiva*, já que positivamente legisla da como bem público de uso comum do povo.

Note-se, pois, que o constituinte de 88, ao mencionar nos artigos 23, incs. III e VI e 24, incs. VII e VIII, o patrimônio turístico em sentido amplo, o fez almejando disciplinar fenômenos diferenciados. Assim, o art. 23, III e VI alude a proteção comum de bens culturais; o art. 24, inc. VIII, diz respeito à possibilidade de responsabilização por danos a este mesmo patrimônio, enquanto o art. 24, inc. VII, se refere à proteção em relação ao momento inicial da atividade econômica turística, de cunho altamente intervencionista. Todos eles, porém, representando restrições ao pleno exercício de direitos individuais.

Os reflexos imediatos, tanto em relação à propriedade pública quanto à propriedade privada, situam-se em duas direções desta relação jurídica, já que proteção do patrimônio turístico pode significar proteção da coisa em si ou de um significado simbólico e imaterial que o bem possa representar, ante seu valor turístico, inteiramente diverso do sentido apropriável, objeto do direito de propriedade.

Diante disto, definir os direitos do proprietário em sítio de valor turístico significa de antemão apartar a inexistência de direito absoluto de propriedade, se assim determinar a satisfação dos interesses da coletividade, garantida a economicidade do bem por qualquer outro uso ou gozo que não aquele impugnado, ante a prevalência do interesse de todos em relação àquele de um só.

Por isso, a necessidade de exame da propriedade-função, já que o direito de propriedade na sistemática jurídica brasileira não é tratado de forma única, eis que no Direito Constitucional publicístico abrange ele tanto o direito de propriedade quando o direito de domínio, enquanto no Direito Privado Civil, ou não-publicístico, o tratamento já não é tão amplo, porque o que se tem em mira é o direito derivado da incidência de regra jurídica de Direito das Coisas.

O princípio da função social da propriedade, em que pese as referências anteriormente feitas pelo Estatuto da Terra, surge equacionado no texto constitucional brasileiro somente em 1967, com caráter de princípio subsidiário

da ordem econômica e social, eis que o fundamental era o princípio da justiça social.

A nova ordem constitucional foi então interpretada pela doutrina, como delimitadora de um novo modelo da propriedade, eis que assim demarcado o seu alcance, inclusive de reflexos mais intensos e hierarquicamente superiores, já que constitucional, frente aos ditames privados do ordenamento civil.

Derivou daí verdadeira desagregação da tradicional conceituação, que compreendia o alcance absoluto dos direitos de uso, gozo e disposição dos bens, especialmente diante do teor do art. 524, do Código Civil, ampliada pelos dizeres da Constituição Federal de 1988, posto que limitados também aqueles direitos pelo inseparável requisito do uso racional da propriedade e dos recursos ambientais de qualquer natureza. Portanto, na disciplina constitucional brasileira está superada a concepção do passado que atribuía à propriedade exclusividade como questão de direito civil.

Para que se possa compreender a idéia de propriedade função-social é preciso ainda observar que não é a coisa objeto da propriedade que tem função, mas sim o titular da propriedade, como sujeito que deve cumprir a função social da coisa objeto da propriedade.

Por outro lado, à esta idéia de publicização da propriedade agregase a sua função ambiental, como resultado de condicionantes constitucionais que remetem o tema para a legislação ordinária, sede de restrições que a configuram, ante imposições que determinam utilização racional e adequada de recursos naturais, conjugadas com obrigações de preservação do meio ambiente natural, artificial e cultural, em sede urbana e rural.

Merece destaque também, no campo da tutela do patrimônio turístico, a temática pertinente à estética urbana, não só em relação à utilidade de qualquer intervenção, mas principalmente em relação ao contexto, seja ele artístico, panorâmico, paisagístico, monumental, histórico, de interesse cultural e recreativo ou turístico, em que esteja inserido.

Tais bens, face a ordem constitucional, encontram-se sob o manto protetivo do Poder Público, mesmo porque expressamente catalogados como patrimônio público e social, de uso comum de todos.

Chama a atenção do intérprete a impossibilidade de se alinhar uma definição ou conceito jurídico do que venha a ser cada uma dessas categorias. Assim, para garantir-lhe a tutela, basta a referência ao princípio legal de sua existência, caracterizada como interesse geral e portanto público, aliás fartamente inserido na legislação brasileira, sendo que tais princípios podem perfeitamente atribuir e alicerçar um conceito de função turística da propriedade.

Definida a existência e mensurabilidade do patrimônio turístico e seus reflexos no domínio e na propriedade pública e privada, o primeiro aspec-

to a destacar é o esclarecimento referente a sua titularidade, haja vista os mecanismos judiciais e extrajudiciais de defesa, postos à disposição de agentes públicos e privados.

Para o atingimento de tal definição, primeiramente é preciso apartar, com base na noção jurídica de interesse, o plano ético-normativo, que informa somente a ligação do particular a um valor que lhe possa significar exclusiva vantagem pessoal e individual e destacar o plano jurídico, situando o referencial pelo valor anotado na norma, capaz de configurar o interesse como coletivo em sentido amplo.

Efetivada tal operação e situado o patrimônio turístico como bem público de uso comum do povo, sua tutela poderá ser exercida pelos mecanismos da ação civil pública, ação popular, mandado de segurança coletivo, tombamento, desapropriação, termo de ajustamento de condutas em inquérito civil público, por decisão do poder judiciário independentemente de tombamento e mediante desapropriação.

Ademais, a definição de foro competente para a ação, levará em consideração a incidência de legítimo interesse real, independentemente das dominialidades incidentes nos locais onde estejam assentados bens e direitos de valor turístico. Assim, defesa judicial do patrimônio turístico pode ser efetivada na justiça estadual comum, independentemente do domínio da União Federal sobre a área, como uma praia marítima por exemplo, já que o que se discute não é domínio federal mas sim valores de titularidade coletiva em sentido amplo, perfeitamente situáveis como estaduais ou municipais.

Da mesma maneira, quando a conduta predatória atingir o patrimônio do particular em sede turística, estarão a sua disposição ações privadas de resguardo e o mandado de segurança individual, conforme se encontre no pólo passivo o Poder Público ou o particular. Assim, se presentes na relação controvertida os requisitos relativos ao direito de vizinhança, ainda que invocáveis as regras jurídicas publicísticas de Direito Ambiental, o alicerce de direito material da demanda será principalmente a disciplina dos artigos 554 e 555 do Código Civil. Se presente o Poder Público no centro da controvérsia, a fundamentação será a regra publicística com exclusividade.

Assinala-se, ainda, que os avanços constitucionais autorizam concluir que a legitimação para a propositura de medidas judiciais coletivas em defesa do patrimônio turístico supera a tradicional dicotomia entre legitimação ordinária e extraordinária, podendo ser ela definida como mista, autônoma e independente.

Por derradeiro, sem a necessidade do raciocínio “de lege ferenda”, verifica-se que o valor cultural brasileiro, e em especial o valor turístico objeto central do presente estudo, composto pelos valores de significado histórico, artís-

tico, paisagístico, pitoresco, natural, estético, arqueológico, paleontológico, ecológico, científico, ou cultural, que traduzam referências à identidade, à ação, e à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade nacional, está perfeitamente protegido pelo elenco legislativo ordinário, relacionado à Política Nacional do Meio Ambiente, instituída pela Lei 6.938/81. Assim, quisesse o Poder Executivo, em qualquer das três esferas governamentais, resguardar os valores turísticos nacionais da intervenção predadora, bastaria inserir em sede de Estudo de Impacto Ambiental — EIA — e no Relatório de Impacto Ambiental — RIMA — a obrigatoriedade de abordagem do impacto aos valores acima descritos, em especial no pertinente aos reflexos da intervenção nos valores paisagísticos e turísticos de localidade de situação da coisa objeto do licenciamento, porquanto tal exigência encontra suporte no art. 216, § 1º, da Constituição Federal de 1988, que preconiza que o “Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e **de outras formas de acautelamento e preservação.**”

Exigir, portanto, Relatório de Impacto Turístico e Paisagístico, sempre que a intervenção pleiteada possa representar risco à vocação turística de uma localidade, tanto para interesse geral nacional, como para o estadual, municipal ou municipal localizado, é conduta legalmente válida e enquadrável nas formas de proteção alinhadas no artigo 216, § 1º, da Constituição Federal de 1988.

ANEXOS

ANEXO I

EXMO. SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA VARA DOS FEITOS DA FAZENDA PÚBLICA E ACIDENTES DO TRABALHO DA COMARCA DE FLORIANÓPOLIS.

O Ministério Público Estadual, por seu representante firmatário, no uso de suas atribuições institucionais, com m base no artigo 129, III, da Constituição Federal, e nos termos da Portaria nº 520/92, firmada pelo Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral de Justiça, vem propor a presente

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

contra

ILHA DOS AÇORES PARK HOTEL LTDA., pessoa jurídica de direito privado, empresa nacional, com sede na rua Clorinda Ventimiglia, 01, Cachoeira do Bom Jesus, Canasvieiras, nesta Capital.

Considerando a carência de equipamentos náuticos no norte da Ilha de Santa Catarina e levando em conta o peso da atividade econômica de passeios turísticos mediante a utilização de embarcações, o Município de Florianópolis, no curso do mês de outubro de 1993, patrocinou diversas reuniões, com participação dos agentes ambientais FATMA, IBAMA e ainda representantes da Delegacia do Patrimônio da União em Santa Catarina, objetivando definir local apropriado para a construção de um trapiche público, a ser localizado na enseada de Canasvieiras, nesta Capital.

Após exaustivos estudos técnicos, formalizados pelo Instituto de Planejamento Urbano de Florianópolis — IPUF — ficou definido que a Municipalidade providenciaria o licenciamento do trapiche, a ser localizado na extremidade leste de Canasvieiras, à oeste do Rio do Braz, defronte a Rua Antônio Heil.

Definida a localização do equipamento, tratou a Municipalidade, mediante o pedido protocolizado sob o nº 1098-006570/93 e 10983-006620/93, de obter o aval da Delegacia do Patrimônio da União em Santa Catarina, a final obtido em 01 de novembro de 1993, conforme o teor da inclusa cópia.

Concluída a fase de habilitação junto aos agentes competentes, foi iniciada a construção do trapiche, atualmente em fase de acabamento, conforme mostra o incluso levantamento fotográfico.

Sucedendo que a 21 de outubro de 1993, o aqui demandado Ilha dos Açores Park Hotel impetrou Mandado de Segurança, autuado sob o n. 634/93, perante este R. Juízo da Fazenda Pública da Comarca da Capital, sustentando, em síntese, seu direito líquido e certo de também construir um trapiche particular NA MESMA ENSEADA DE CANASVIEIRAS, e requerendo fosse o Sr. Diretor-Geral da FATMA compelido às licenças próprias da espécie.

O Ilustre magistrado da causa, houve por bem deferir o pedido liminar, como mostra o teor do R. despacho, datado de 11 de novembro de 1993, cópia inclusa.

Então, considerando os termos da dita liminar, o demandado deu início à construção DE SEU TRAPICHE PARTICULAR, EXATAMENTE AO LADO DAQUELE LICENCIADO À MUNICIPALIDADE.

Diante de tal quadro, o Ministério Público Estadual promoveu manifestação nos autos do aludido Mandado de Segurança nº 643/93, (cópia inclusa) alertando o Ilustre Juiz para a evidência de que o direito líquido e certo do impetrante resumia-se à obtenção de resposta de seu pedido junto à FATMA e NÃO, COMO CONSTA DO DESPACHO PRIMITIVO, OBTENÇÃO DAS LICENÇAS EM PAUTA. PROCEDENDO COM PROCEDEU, OCUPA O JUIZ O LUGAR DA ADMINISTRAÇÃO, ASSIM CO-

MO DESCONSIDERARA A NECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO DO TITULAR DO DOMÍNIO DA PRAIA MARÍTIMA E DO MAR TERRITORIAL, mais precisamente a União, nos termos do artigo 20, incisos IV e VI, da Constituição Federal, mediante a intervenção da Delegacia do Patrimônio da União em Santa Catarina.

Assim, diante do contido na promoção ministerial, cujo inteiro teor acostamos ao presente petítório, a 15 de dezembro o MM. Magistrado houve por bem rever o conteúdo do despacho original, fazendo-o nos seguintes termos (cópia anexa):

“De todo procedente a culta manifestação ministerial. Com efeito, esclareça-se a todos os interessados, mormente ao impetrante, que a liminar anteriormente concedida tem por objeto e escopo tão-somente o direito de obter da FATMA manifestação concreta de, ou melhor, a respeito de seu requerimento. Isto não significa absolutamente, autorização judicial para construção do polêmico trapiche. Dessarte, determino à impetrante que se mantenha adstrita aos limites do “mandamus”, sublinhando-se que a liminar já deferida não se presta para substituir as atribuições da Delegacia do Patrimônio da União e, menos ainda, representa autorização para a construção do trapiche mencionado. Oficie-se à impetrante, com urgência. Florianópolis, 13 de dezembro de 1993. Romano José Enzweiler, Juiz de Direito.

Após, a 20 de dezembro de 1993, o Sr. Oficial de Justiça deu inteiro cumprimento ao mandado extraído em face dos termos do novo despacho, intimando o impetrante e lavrando relatório circunstanciado tendo em vista a determinação judicial ali contido.

Não obstante, o aqui demandado, DEU CONTINUIDADE A IMPLANTAÇÃO DO DITO TRAPICHE, o qual encontra-se, tal qual o trapiche público implantado exatamente ao lado, e em fase final de acabamento.

Para tanto, utilizou-se do texto da certidão nº 57/93, exarada em 21 de dezembro de 1993 (DATA POSTERIOR ao R. despacho judicial em pauta — 15 de dezembro — pela Delegacia do Patrimônio da União em Santa Catarina, que SUSTENTA, DE FORMA QUE PODE SER ADJETIVADA DE INCOERENTE, não ser da competência da DPU/SC a liberação de

autorização para construções de trapiche em áreas de uso comum do povo (SIC!!!) PARA EM SEGUIDA LAVRAR QUE

“Entretanto, uma vez que não haja privatização, nem exploração comercial, e nem construções que limitem o acesso da coletividade ao local, a construção do trapiche mencionado, é passível de ser executado, desde que aprovado pelas entidades ambientais competentes”.

Deslembaram-se os signatários da certidão que PRAIAS MARÍTIMAS E O MAR TERRITORIAL SÃO BENS DA UNIÃO, CONFORME A DICÇÃO DO ARTIGO 20, INCISOS IV e VI, da Constituição Federal, E AINDA QUE SOBRE ESSES BENS PESA A AFETAÇÃO CONSTITUCIONAL E LEGAL DE BENS DE USO COMUM DO POVO, razão pela qual sobre eles não pode incidir a disciplina comum aos demais bens da União, mais precisamente a inscrição de OCUPAÇÕES OU AFORAMENTOS.

O que se verifica no caso vertente, é a evidência de que um particular privatizou uma parte do mar, integrante do mais concorrido balneário da Ilha da Santa Catarina, usando o mar como EXTENSÃO DE SUA OCUPAÇÃO e ABRINDO A EXCEÇÃO PARA QUE QUALQUER PARTICULAR ASSIM PROCEDA EM QUALQUER DOS BALNEÁRIOS DO LITORAL CATARINENSE.

Com efeito, o deferimento da autorização afigura-se impossível ao empreendedor particular.

Primeiramente cabe analisar a legislação pertinente à disciplina jurídico-constitucional da praia marítima, e do MAR respectivo, como é a hipótese vertente.

Assim, nos termos do artigo 20, incisos IV e VI, da Constituição Federal, as praias marítimas e o mar correspondente estão catalogadas dentre os bens de dominialidade da União, afetadas como bem de uso comum do povo. Então, a conclusão imperativa do dispositivo constitucional em apreço é que praia, por força do art. 20, IV da Constituição Federal, é um bem da União (não havendo praia estadual e/ou municipal, nem particular).

Ademais, em consonância com a afetação de tal bem como de uso comum do povo, emergente do teor do artigo 225 e seguintes da Constituição Federal, a União promoveu, mediante a edição da Lei n. 7.661/88, o Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro (cópia anexa). Nesse texto legal, no artigo 10, está estampada a definição de jurídico —positiva de praia, bem como assegurado o acesso livre e franco a elas e ao MAR, em qualquer direção ou sentido.

Artigo 10 — As praias são bens públicos de uso comum do povo, sendo assegurado sempre, livre e franco acesso a elas e ao mar, em qualquer direção e sentido, ressalvados os trechos considerados de interesse da segurança nacional.

Parágrafo 1º — Não será permitida a urbanização ou qualquer forma de utilização do solo na Zona Costeira que impeça ou dificulte o acesso assegurado no “caput” deste artigo.

Parágrafo 2º — A regulamentação desta lei determinará as características e as modalidades de acesso que garantam o uso público das praias e do mar.

Parágrafo 3º — Entende-se por praia a área coberta e descoberta periodicamente pelas águas, acrescida da faixa subsequente de material detrítico, tal como areias, cascalhos, seixos de pedregulhos, até o limite onde se inicie a vegetação natural, ou, em sua ausência, onde comece um outro ecossistema.

O certo é que nesta sede, consoante a dicção do artigo 5º, § 2º, da mesma Lei n. 7.661/88, normas e diretrizes sobre o uso do solo, do subsolo e das águas poderão ser editadas também pelos Estados e Municípios, prevalecendo, como expressamente menciona o texto do artigo em questão, as disposições de natureza mais restritiva, na hipótese, a afetação constitucional de praia como bem de uso comum do povo.

Por isso o entendimento jurisprudencial:

“Com efeito, sendo as praias bem público de uso comum do povo, a cada dia que parcela delas é retirada deste uso, configura uma lesão de impossível reparação”.

(Mandado de Segurança nº 0402568-7RS, Revista do Tribunal Federal da 4ª Região. p. 308)

A questão de fundo então transmuta-se á possibilidade ou não dos agentes da Administração permitirem o uso desse bem de uso co-

mum do povo, catalogado como bem de domínio da União, nos termos do pré-falado artigo 20, IV, VI da Constituição Federal.

A clara conclusão é que somente a Delegacia do Patrimônio da União poderia permitir tal uso, outorgando o título de domínio respectivo, assim mesmo condicionado à inoccorrência de prevalência do interesse público, isto é, em área catalogada como de uso comum do povo, como é o caso vertente.

Ora, impossível remover da enseada de Canasvieiras a característica de um dos mais freqüentados balneários da Ilha de Santa Catarina, como quer o demandado.

Como se verifica, a própria Delegacia do Patrimônio da União em Santa Catarina, está impedida de ceder ocupações a particulares da parcela da plataforma continental brasileira catalogada como integrante de praia, eis que bem de uso comum do povo.

Objetivando disciplinar a questão, mormente a conduta a ser adotada na hipótese, o Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento expediu a Portaria nº 583, de 12 de agosto de 1992, publicada no Diário Oficial da União, edição de 14 de agosto de 1992, (cópia inclusa).

Eis a sua dicção:

Artigo 1º — Estabelecer critérios para a inscrição de ocupação, a título precário, de imóveis de domínio da União:

Artigo 2º — A inscrição de ocupação, nos termos da legislação vigente, só poderá ser realizada quando devidamente comprovado, na forma desta Portaria, o efetivo aproveitamento do imóvel.

Artigo 3º — Ressalvados os casos especiais autorizados por lei, é vedada a ocupação — independentemente das providências que deverão ser tomadas objetivando a imediata reintegração de posse, e a aplicação das penalidades legais cabíveis — que concorra ou tenha concorrido para comprometer a integridade das áreas de uso comum do povo, de segurança nacional, de preservação ecológica, das reservas indígenas, das vias de navegação ou congêneres.

Parágrafo único — As ocupações já inscritas que contrariem o disposto neste artigo deverão ser canceladas, adotando-se as medidas legais para a reintegração de posse.

Ora, resplandece então que o teor do artigo 3º, da mencionada Portaria Ministerial põe por terra a pretensão do demandado de ocupar, para fins particulares, bem de uso comum do povo, integrante da domínialidade da União, como é o caso da praia marítima e parcela do mar respectivo.

Não bastasse a evidência de que o demandado não dispõe do deferimento de ocupação de bem de domínio da União, NA HIPÓTESE O MAR TERRITORIAL E A PLATAFORMA, a obtenção de tal documento, hábil para o início da construção, se afigura impossível, ante as razões até aqui expostas.

Não obstante, o Poder Público Municipal, atento à necessidade de dotar o norte da Ilha de Santa Catarina de um equipamento náutico realmente público, CONSOANTE A DOCUMENTAÇÃO INCLUSA, GESTIONOU JUNTO AOS ÓRGÃOS COMPETENTES O LICENCIAMENTO DE UM TRAPICHE, E O IMPLANTOU A POUCOS METROS DE DISTÂNCIA DO LUGAR ONDE O DEMANDADO IMPLANTOU O SEU.

Neste particular vale transcrever o teor do despacho do Sr. Delegado do Patrimônio da União em Santa Catarina, nos autos dos processos administrativos ns. 10983-006570/93 e 006620/93: (cópia inclusa)

“Interessada: IPUF e Prefeitura Municipal de Florianópolis:

Trata-se de construção de trapiche, pela Prefeitura de Florianópolis, na Praia de Canasvieiras, nesta Capital. Conforme exposto às fls. 01 do presente e apenso o trapiche a ser edificado será de utilização pública, para embarque e desembarque de passageiros das várias embarcações que realizam passeios turísticos, sendo seu acesso livre em geral.

Consta dos autos:

Relatório do IPUF — fls. 02/09.

Projeto/plantas — fls. 11/12.

De acordo com o laudo de vistoria da Divisão de Engenharia às fls. 14:

a) o trapiche conforme projeto anexo tem início na linha d'água não atingindo área de bem de uso comum do povo — praia:

b) é trapiche público, de caráter coletivo.

a questão consiste em que a construção recai em área de bem de uso comum do povo, a qual não pode ser privatizada, alienada, pois é de uso da coletividade em geral, sem prejuízo ou direitos especiais. Porém, no caso em questão, segundo informações constantes nos autos isso não irá acontecer.

Isto posto, diante dos fatos apontados, entendemos, s.m.j., uma vez que não há privatização, não prevê exploração comercial, nem construção que limite o acesso da coletividade ao local, a construção do trapiche pretendido é passível de ser executada, desde que aprovada pelas entidades ambientais competentes. À consideração do Sr. Delegado. 01.11.1993.

Ademais, as plantas inclusas, o memorial descritivo e o teor de documento lavrado pelo IPUF, tudo em apenso, apontam a situação locacional do trapiche público, de instalação já assegurada ante o deferimento de pleito pela Delegacia do Patrimônio da União em Santa Catarina, como se disse, a poucos metros do local onde o demandado diz ter direito líquido e certo de construir.

De outra banda, a persistir tal situação, passeremos a assistir uma abominável privatização das praias de Canasvieiras, balneário de notável valor turístico e paisagístico, eis que qualquer particular que o deseje, em tese, estaria também munido de idêntico direito, para construir trapiches e atracadouros particulares em locais que melhor atendesse interesses meramente privados.

Não obstante, para por fim à controvérsia, em 28 de dezembro de 1993, os agentes da Administração credenciados emitiram as manifestações inclusas, atestando que o aqui demandado NÃO ESTÁ LICENCIADO e muito menos autorizado a construir o dito trapiche particular.

Primeiramente vale transcrever o inteiro teor da certidão nº 59, exarada pela Delegacia do Patrimônio da União em Santa Catarina, em 28 de dezembro de 1993, que definitivamente esclarece o assunto sub studio:

CERTIDÃO Nº 59/93

Certificamos em resposta ao ofício nº 2139/CPC, da Procuradoria Geral de Justiça — Coordenadoria do Meio Ambiente, e de acordo com despacho do Senhor Delegado Substituto, que Ernesto Gieh e João Martini detêm registro de ocupação de um terreno de marinha, sob nº 8105.00536.000-6, com as seguintes dimensões e confrontações: Frente: 115,00m., de frente para a praia, fundos com terras alodiais da vendedora, estremando pelas laterais com terras de Rosalba Machado Pereira e o Rio do Braz. O objetivo da certidão nº 057/93 desta Delegacia foi esclarecer os critérios para liberação de construção trapiches, indicando os cuidados na conservação e proteção das áreas de bem comum do povo, e não autorizar nenhuma obra, qualquer que seja. Cabe registrar, que sendo as praias marítimas e o mar bens de propriedade da União Federal conforme disposto no artigo 20, incisos IV e VI, da Constituição Federal, e considerando que são incluídos entre os bens de uso comum do povo, de acordo com o disposto no artigo 66, I, do Código Civil, e ainda considerando o disposto no artigo 225, da CF, esta Repartição Pública possui a responsabilidade constitucional em comum com os Estados e Municípios de analisar e emitir pareceres em projeto de obras da natureza especificada acima. Assim sendo, rerratificamos o teor da certidão anteriormente expedida, ficando registrado que a atribuição desta Delegacia do Patrimônio da União, é tácita, visto que possui a competência de zelar pela conservação e defesa dos bens da União, e da mesma forma conservar e defender o meio ambiente. Por último certificamos que o referido ocupante do terreno de marinha, evidentemente usou com má-fé a certidão nº 57/93, construindo o trapiche ao arrepio da lei. Logo está sujeito ao pagamento de multa prevista no artigo 6º, parágrafo único do Decreto-Lei nº 2.398, de 21 de dezembro de 1987, com a obrigação de demolição da edificação. Em anexo junta-

mos cópia da vistoria realizada nesta data pela Divisão de Engenharia desta Delegacia. Nada mais havendo a constar eu, Maria de Lourdes Andrade, Matr. nº 30005190-8, passei a presente certidão, a qual vai visada pelo Senhor Delegado Substituto do Patrimônio da União no Estado de Santa Catarina, aos vinte e oito dias do mês de dezembro do ano de mil novecentos e noventa e três (28.12.93)

Não bastasse, no mesmo dia 28 de dezembro de 1993 a Sra. Secretária Municipal de Urbanismo e Serviços Públicos firmou a Portaria nº 124/93, cópia anexa, com o seguinte teor:

PORTARIA Nº 124/93

A Secretária Municipal de Urbanismo e Serviços Públicos, no uso de suas atribuições e considerando:

1. A inexistência de autorização da Delegacia do Patrimônio da União quando da expedição do Alvará de Licença nº 946/92.
2. O requerimento contido no ofício nº 2132/CPC/93, do Ministério Público do Estado.

RESOLVE:

Artigo 1º — Fica anulado o deferimento dado no processo 13321/92-8 por inexistência de autorização da DSPU.

Artigo 2º — Estando sem efeito, portanto, o alvará nº 946/92, determino imediatas providências por parte da Divisão de Fiscalização de Obras, visando o embargo dos trabalhos.

Florianópolis, 28 de dezembro de 1993

Clair Castilhos Coelho

Secretária Municipal de Urbanismo e Serviços Públicos.

Vê-se, portanto que o demandado NÃO ESTÁ AUTORIZADO PELO PODER PÚBLICO A IMPLANTAR O DITO TRAPICHE PARTICULAR, E MENOS AINDA A PRIVATIZAR PARTE DO BEM DO USO COMUM DO POVO REPRESENTADO PELA ENSEADA DE CANASVIEIRAS.

Ademais, além do intransponível óbice jurídico de privatização de um bem de uso comum do povo, verifica-se no caso vertente a total desnecessidade de um trapiche, para atender interesses meramente privados, exatamente ao lado de um equipamento público e regularmente licenciado..

Por derradeiro, esclarecemos que a presente Ação Civil Pública é interposta EM DEFESA DO INEGÁVEL E EXTRAORDINÁRIO PATRIMÔNIO TURÍSTICO E PAISAGÍSTICO, representado pela Enseada de Canasvieiras, patrimônio este pertencente antes de tudo ao povo de Florianópolis, que detém a titularidade do direito de usufruí-lo íntegro e livre de ilegais ocupações particulares.(original sem grifo)

Ante o exposto, o Ministério Público Estadual requer:

1) Com base no teor do artigo 12, da Lei 7.347/85, a expedição de mandado liminar determinando a imediata remoção do trapiche ilegalmente implantado pelo demandado Ilha dos Açores Park Hotel dentro da Enseada de Canasvieiras, mediante requisição de pessoal da Secretaria de Urbanismo e Serviços Públicos e o concurso da Força Pública, mais precisamente de guarnição da Companhia de Polícia de Proteção Ambiental.

2) A final procedência integral desta Ação Civil Pública, tornada definitiva a liminar em questão, para condenar o demandado Ilha dos Açores Park Hotel à obrigação de não fazer, consubstanciada na não utilização do bem de uso comum do povo, representado pela Enseada de Canasvieiras, fora de sua afetação constitucional ou dissonância com as práticas a toda coletividade permitidas.

3) A citação do demandado Ilha dos Açores Park Hotel para, querendo, responder aos termos da presente ação.

4) A citação do Município de Florianópolis, para integrar a lide, na qualidade de assistente litisconsorcial ativo.

Protesta-se pela produção de todos os meios probatórios admitidos no texto legal, a serem especificados oportunamente.

Dá-se à causa, para todos os efeitos, valor inestimável.

Florianópolis, 28 de novembro de 1993.

Antonio Carlos Brasil Pinto
Promotor de Justiça.

Diante do requerimento liminar, assim manifestou-se o Magistrado da causa:

I — A. Tendo em vista que do relatado na exordial e dos docs. nela insertos prejuízos advirão à comunidade, pela construção de obras que contrariem seus interesses, bem como a legislação específica, a medida liminar deve ser concedida, nos precisos termos solicitados (fls. 13, nº01) ex-vi do art. 12, da 7.347/85.

Constituem, ademais, requisitos da liminar o binômio do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, exteriorizado na possibilidade de consumação do evento temido, este examinado em cognição sumária. O fato concreto, a farta documentação carreada e a legislação em que vem insculpido o pedido inicial deixam, sem dúvida, caracterizado o primeiro dos pressupostos, além de considerarmos os anseios dos usuários do balneário e o indispensável exame do texto constitucional. De outro lado, a notoriedade dos fatos e a prova documental configuram a probabilidade da ocorrência de danos à coletividade (= pressuposto do perigo de dano). Concedo a liminar, repito.

II. Citem-se (fls. 13, nºs. 3 e 4)

III. Cumpra-se com urgência e intinem-se.

Florianópolis, 03.01.94.

Volnei Ivo Carlin
Juiz de Direito.

ANEXO II

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA VARA DOS FEITOS DA FAZENDA PÚBLICA E ACIDENTES DO TRABALHO DA COMARCA DA CAPITAL.

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA, por seu representante firmatário, com base no artigo 129, III, da Constituição Federal, e no artigo 5º, da Lei 7.347/85 e nos termos da Portaria nº 520/92, firmada pelo Excelentíssimo Senhor Procurador-Geral de Justiça, vem propor a presente

AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE PROTEÇÃO DO PATRIMÔNIO TURÍSTICO DE FLORIANÓPOLIS

contra

MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS, pessoa jurídica de direito público interno, unidade e Capital do Estado de Santa Catarina, pelas razões fáticas e legais que passa a expor:

PRELIMINARMENTE, o Ministério Público autor requer seja a presente Ação Civil Pública distribuída ao Excelentíssimo Senhor Juiz de Direito da Vara dos Feitos da Fazenda Pública, 1º Cartório, da Comarca da Capital, eis que incidentes na espécie os ditames do artigo 108, c/c o artigo 253, ambos do Código de Processo Civil, já que perante este mesmo R. Juízo tramitou a Ação Cautelar nº 2395030269.0, preparatória da ação ora interposta.

Nos termos da documentação inclusa, é o Município de Florianópolis o legítimo proprietário de uma gleba de terras, localizada no Balneário de Canasvieiras, nesta Capital, assim descrita e devidamente inscrita no Registro Imobiliário respectivo:

“ÁREA 1 — situada no cruzamento da Avenida das Nações, com a rodovia Tertuliano Brito Xavier, terreno de formato regular, localizado no loteamento de Canasvieiras, matriculado no 2º Ofício de Registro de Imóveis, sob o nº 7323, com área total de 2.069,31 m² (dois mil e sessenta e nove metros com trinta e um decímetros quadrados).

FRENTE: Com 60,00m (sessenta metros) para a Avenida das Nações.

FUNDOS: 74,28m (setenta e quatro metros e vinte e oito centímetros), extremando com terras do Supermercado Imperatriz e outros.

LATERAL DIREITO: 33,07 (trinta e três metros e sete centímetros) com a Rodovia Tertuliano Brito Xavier;

LATERAL ESQUERDA: 31,80m (trinta e um metros e oitenta centímetros) confinados com a Rua Adolfo Santos”.

Sucede que, como é público e notório, a gleba em questão vem ao longo do tempo sendo objeto de ilegal apossamento por particulares, que ali instalam edificações maculadas pela clandestinidade, invasões que acabam por comprometer a integridade **do notável patrimônio público e turístico, representado tanto pela gleba em questão, quanto pelo conjunto de bens naturais e paisagísticos incidentes no concorrido balneário.** Tal quadro fático, é certo, culmina por interferir na sadia qualidade de vida dos indistintos usuários do balneário de Canasvieiras, pacatos cidadãos, que honram seus com-

promissos, especialmente aqueles derivados das imposições tributárias e das limitações administrativas do exercício do direito de construir.

Então, objetivando atender a incontáveis reclamos comunitários, em 1º de agosto de 1995, o Ministério Público Estadual, protocolizou perante este R. Juízo da Fazenda Pública, a inclusa Ação Cautelar de Notificação, proposta contra o Excelentíssimo Senhor Prefeito Municipal da Capital, pleiteando providências, no prazo de 15 (quinze) dias, em especial a implementação de medidas concretas de retomada na área em tela.

Sucede que, transcorrido o lapso temporal em referência, não se tem notícias da adoção de posicionamentos oficiais, tendentes à solução do impasse.

Não obstante, colhe-se que em 10 de junho de 1994 o Senhor Prefeito encaminhou à Câmara Municipal de Florianópolis a Mensagem nº 051/94, cópia inclusa, que ostenta a seguinte redação:

Mensagem nº 051/94

Excelentíssimo Senhor Presidente e demais Membros da Câmara Municipal.

Tenho a honra de submeter à elevada consideração de Vossas Excelências, nos termos da Lei Orgânica do Município, o incluso projeto de lei que “AUTORIZA O PODER EXECUTIVO A PERMUTAR ÁREA DE TERRAS”.

As razões que me levaram a encaminhar o referido Projeto estão colocadas na Exposição de Motivos anexa.

Esperando merecer a atenção dessa Corte Legislativa, solicito a sua apreciação com a maior brevidade possível”.

Sérgio José Grando

Prefeito Municipal.

O projeto de lei então encaminhado, cópia em apenso, menciona o seguinte:

PROJETO DE LEI Nº

AUTORIZA O PODER EXECUTIVO A PERMUTAR ÁREA DE TERRAS.

Faço saber a todos os habitantes do Município de Florianópolis, que a Câmara de vereadores aprovou e eu sanciono a seguinte lei:

Art. 1ª — Fica o Poder Executivo autorizado a permutar área de terras de sua propriedade, localizada em Canasvieiras, no loteamento de sua propriedade, ora denominada área 1, como um imóvel pertencente ao Supermercado Imperatriz, situado na Vargem do Bom Jesus, doravante denominada área 2.

ÁREA 1 — Situada no cruzamento da Avenida das Nações, com a Rodovia Tertuliano Brito Xavier, terreno de formato regular, localizado no loteamento de Canasvieiras, matriculado no 2º Ofício de Registro de Imóveis sob o nº 7323, com área total de 2.069,31m² (dois mil e sessenta e nove metros com trinta e um décímetros quadrados).

FRENTE: Com 60,00m (sessenta metros) para a Avenida das Nações.

FUNDOS: 74,28m (setenta e quatro metros e vinte e oito centímetros), extremando com terras do Supermercado Imperatriz e outros;

LATERAL DIREITA: 33,07m (trinta e três metros e sete centímetros) com a rodovia Tertuliano Brito Xavier;

LATERAL ESQUERDA: 31,80m (trinta e um metros e oitenta centímetros) confinado com a Rua Adolfo Santos.

ÁREA 2- Terreno de formato regular, situado na Vargem do Bom Jesus, composta por 03 (três) áreas, matriculadas no 2º Ofício de Registro de Imóveis sob os nºs 4.141, 11.413 e 9.221, perfazendo uma área total de 31.932,26m² (trinta e um, novecentos e trinta e dois metros com vinte seis décímetros quadrados), possuindo:

FRENTE: 124,43m (cento e vinte e quatro metros com quarenta e três centímetros) em 03 (três) lances, com a Estrada Geral da Vargem do Bom Jesus;

FUNDOS: 141,25m (cento e quarenta e um metros com vinte e cinco centímetros), estremando cm terras do governo do Estado;

LATERAL DIREITA: 287,14m (duzentos e oitenta e sete metros e quatorze centímetros), confrontando com terras de Domingos Duarte Silva.

Art. 2º — A área 2 a que se refere o artigo anterior, fica alterada parte para ARPO, com finalidade de implantar um loteamento popular, visando o assentamento de famílias carentes e, fica alterada a parte frontal do imóvel para ARP-4, conforme delimitações na planta nº 1 em anexo, parte integrante desta Lei, ficando a alienação autorizada, obedecendo o valor de mercado, revertendo os recursos ao caixa da FUNDO MUNICIPAL DE INTEGRAÇÃO SOCIAL, devendo ser aplicado nas obras de infra-estrutura do loteamento.

Art. 3º — A diferença de valores entre os imóveis permutantes, constantes na planilha nº 1 em anexo e parte integrante desta Lei, será depositado na conta do FUNDO MUNICIPAL DE INTEGRAÇÃO SOCIAL, para aplicação na execução das obras de infra-estrutura da área 2.

Art. 4º — Esta Lei entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições~ em contrário.

Paço Municipal em Florianópolis, aos

Sérgio José Grando

Prefeito Municipal.

Diz ainda o Senhor Prefeito, a título de exposição de motivos do projeto, o seguinte:

EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS

O interesse social na realização da permuta, é plenamente justificado, quando verifica-se que, nos últimos anos, o Município de Florianópolis não conseguiu implementar um projeto habitacional, visando acomodar uma crescente população de famílias carentes.

A problemática aumenta com a ocupação desordenada do solo urbano, dos morros e encostas, áreas de grande risco à segurança do cidadão.

Entretanto, a vontade do Poder Público, na maioria das vezes esbarra na falta de recursos para aquisição de áreas de terras, de forma definitiva, aliás, condição básica para a elaboração e execução de um projeto de ocupação do solo.

Ademais, que o Município de Florianópolis, por intermédio do Fundo Municipal de Interação social, instituído pela Lei nº 3.210/89, com as alterações da Lei nº 3.769/92, compete realizar o assentamento de famílias de baixa renda, bem como a integração destas no ambiente social.

Com a formalização da presente permuta, além das terras, o Poder Público terá ao seu dispor, recursos que deverão ser aplicados aplicados, necessariamente em obras de infra-estrutura da própria área.

Além de incentivar o crescimento ordenado, a implantação do loteamento popular servirá como alavanca para implementação de uma política social mais justa, voltada aos problemas habitacionais da população de um modo geral.

Finalmente, a efetivação da permuta fica justificada, com a flagrante demonstração do interesse social e, com a suprema conveniência do poder público”.

Ora, resplandece assim que o Executivo Municipal movimentou-se, eis que ao feito legal formalizou pedido de autorização legislativa para PERMUTAR IMÓVEL DE SEU PATRIMÔNIO, transação viável, tanto pela incidência do relevante interesse social envolvido quanto pela conveniência do próprio poder público, porém deslembrou-se de exercitar as ações dominiais cabíveis.

Não obstante, verifica-se que o projeto em referência apesar de seu relevante interesse social e em que pese o transcurso de 14 (quatorze) meses de sua remessa à Câmara Municipal, ainda pende de solução, eis que até a presente data não mereceu inclusão na Ordem do Dia daquela Casa Legislativa.

Assim, enquanto o legislador municipal não vislumbra necessidade de urgência na tramitação em pauta, o comprometimento do aludido

patrimônio público e social segue sua marcha célere, consolidando e sobremodo ampliando flagrante ilegalidade, derivada da clandestina ocupação clandestina ocupação da dominialidade pública, em favor de interesses meramente privados.

De outra banda, salta aos olhos, até dos desatentos, a injustificável inércia da Administração em utilizar as ações dominiais cabíveis, tanto para defender como para reaver o bem público aqui retratado, de quem injustamente o detém. No cerne de ambas as situações de menoscabo aos legítimos interesses comunitários, situa-se o atônito cidadão, impotente individualmente para fazer frente ao empurra-empurra oficial.

Tal quadro desalentador, impõe a mediação do Poder Judiciário, eis que a hipótese descrita aponta claro comprometimento **do patrimônio turístico**, efetivamente ali incidente.

Neste tópico específico, convém sublinhar a disciplina jurídica, pertinente ao patrimônio turístico.

De início, vale mencionar a expressa referência estampada da Lei n. 4.717/65 (Ação Popular):

Art. 1º [...]

Parágrafo 1ª — Consideram-se patrimônio público, para os fins referidos neste artigo, os bens de direitos de valor econômico, artístico, estético, histórico e turístico

De igual maneira, a Lei 7.347/85, de 24 de julho de 1985, que disciplina a ação civil pública:

Parágrafo 1º — Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos causados:

Art. 1º — Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos causados:

III — a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

Nota-se que a positivação da categoria jurídica PATRIMÔNIO TURÍSTICO foi elevada à orbita constitucional, ante a reordenação derivada da promulgação da Carta Política de 1988.

Artigo 216 — Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem:

[...]

Os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

Sobre o tema, eis o dizer doutrinário:

O patrimônio cultural. Além da defesa de outros interesses difusos e coletivo, cuida expressamente a Lei 7.347/85 da defesa em juízo dos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, a que se vem convencionando chamar em doutrina de patrimônio cultural (art. 1º, III, da Lei da Ação Civil Pública).

A Constituição de 1988, nos seus artigos 215-216, alargou bastante a abrangência dos interesses culturais, que evidentemente passam a merecer proteção também por via judicial. (MAZZILLI, Hugo Nigro. A Defesa dos Interesses difusos em Juízo, 5º ed., Rev., ampl. e atual., Revista dos Tribunais, 1993, p. 102).

Assim, colhe-se que pretendeu o legislador, tanto da norma constitucional quanto da regra ordinária, trazer disciplina jurídica ao fenômeno turístico.

O Norte doutrinário:

Urbanismo e turismo

1. O fenômeno turístico se manifesta pelo deslocamento de pessoas para lugares que lhes proporcionem

especial atração de beleza, lazer, divertimento, comodidade e repouso. A importância econômica do fenômeno gera a necessidade de estabelecer uma política nacional de turismo, entendendo-se como tal “o conjunto de diretrizes e normas integradas em um planejamento de todos os aspectos ligados ao desenvolvimento do turismo e seu equacionamento como fonte de renda nacional. Dentre os aspectos ligados ao desenvolvimento do turismo, destaca-se a preparação urbanística daqueles lugares de vocação turística, porque dotados de atrativos especiais, culturais e naturais, que despertam interesse dos turistas. É precisamente aí que urbanismo e turismo se entrelaçam, porquanto pela atuação daquele condicionam-se bens, áreas e locais, adequando-os ao desenvolvimento do segundo. (SILVA, José Afonso da. *Direito Urbanístico Brasileiro*, 2 ed. rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 1995, p. 352.)

Ora, a conceituação doutrinária de fenômeno turístico, traduz por si só, a obrigatoriedade de vigilância das variáveis de sua composição, a cargo do Administrador, cautelas que na hipótese vertente o Município demandado deixou de adotar.

De se perguntar qual o grau de atração especial poderá exercer sobre as pessoas um sítio de rara beleza, como o balneário de Canasvieiras, quando os limites de seu território apresentam tamanho grau de desordem urbana, tal qual o retratado no presente petítório?

Abordando o tema, eis o teor da lapidar lição, lavrada pelo Ilustre Desembargador catarinense Napoleão Amarante:

Sem dúvida alguma que o respeito ao plano de uma cidade deve constituir uma das grandes prioridades, sobretudo nesta quadra da vida nacional, quando a migração desordenada, o abandono do campo, o frêmito das construções, enfim, a tendência do inchaço, têm sido fatores, juntamente com a ausência de vontade política, do crescimento desordenado das cidades e da ocupação de áreas que não podem ser desviadas de sua função natural. Aliás, em Santa Catarina, especialmente na Ilha, o desrespeito à lei é fato palpável, vi-

sualizável, a demonstrar a desatenção do administrador público, na esfera tanto do Executivo como também do Legislativo, que vêm permitindo, por absoluta falta de comando, o adensamento populacional em áreas, por exemplo, que pelo artigo 2º, do Código Florestal, devem ser consideradas de preservação permanente. (Apelação cível nº 43.009. Comarca da Capital).

Ante o exposto, na defesa do **patrimônio turístico** florianopolitano, derivado do balneário de Canasvieiras, na busca da manutenção da qualidade de vida de seus indistintos usuários, requer o Ministério Público Estadual:

a- com fundamento no artigo 12, da Lei 7.347/85 a expedição de mandado liminar, compelindo o Senhor Prefeito Municipal a utilizar da faculdade estampada no art. 57, da Lei Orgânica do Município de Florianópolis, remetendo imediatamente a Câmara Municipal mensagem contendo pedido de urgência na tramitação da aludida mensagem 051/94, de tudo remetendo cópia a este R. Juízo;

b) sob o mesmo fundamento legal, a expedição de mandado liminar, determinando a imediata remoção das edificações clandestinas erigidas na gleba já descrita, de dominialidade pública, providência a ser cumprida pelo Município demandado;

c) a expedição de requisição judicial, dirigida ao Senhor Vereador Presidente da Câmara Municipal Florianópolis, para que no prazo de 05 (cinco) dias informe da tramitação naquela Casa do projeto de lei, encaminhado pelo Senhor Prefeito Municipal em 10 de junho de 1994, através da mensagem nº 051/94(cópia inclusa) .

d) tornada definitiva a liminar em questão, a final condenação do Município de Florianópolis, em obrigação de fazer, consubstanciada na adoção de providências de estrita vigilância, capazes de garantir a dominialidade pública incidente na gleba de terras antes descrita, com condenação nas custas de estilo.

e) a citação do Município de Florianópolis para, querendo, contestar os termos da presente Ação Civil Pública, sob as penas da revelia.

Protesta-se pela produção dos meios probatórios estabelecidos no texto da lei, a serem especificados oportunamente.

Dá-se à causa, para todos os efeitos, valor inestimável.
Florianópolis, 29 de agosto de 1995.

Antonio Carlos Brasil Pinto
Promotor de Justiça.

A decisão liminar foi a seguinte:

VISTOS, ETC.

A decisão de fls. 69/71, foi revista nas fls. 75/76 para , com base no art. 2º, da Lei nº 8.437/92, facultar ao ente público manifestar-se acerca da medida **initio litis** invocada pelo Ministério Público (fls. 02/12)

Houveram as explicações do Município nas fls. 84/88, sendo designada uma audiência pública (fls. 92/93), cujos resultados restaram inconcretizados (Auto de Vistoria de fls. 97/98).

O autor, em seqüência, trouxe novas fotografias (fls. 115/116), voltando aos autos nas fls. 124/127 para interpelar o Sr. Prefeito sobre as declaração veiculadas pela imprensa, que mereceu o despacho de fls. 129.

Após nova petição do acionado, fls. 133, o autor, devidamente instruído (fls. 144/148), requer, em síntese, examinados os autos, o seguinte:

a) o prosseguimento do feito, uma vez decorrido o prazo fixado para a autoridade municipal providenciar solução à lide, que restou inexitosa. Pede a decretação liminar formalizada no petitório inaugural:

b) o chamamento do processo à ordem, com o desentranhamento da documentação estranha à relação processual:

c) a extração de cópia integral do processado, para efeitos criminais, com remessa ao Sr. Procurador-Geral de Justiça.

Isto posto.

Adotamos, quanto á pretensão exposta na letra “a”, o contexto da análise do pedido liminar (fls. 146, b) os mesmos motivos inseridos na decisão de fls. 69/71.

[...]

III — Constituem requisitos da admissibilidade da liminar, consabidamente, o binômio **fumus boni iuris** e o **periculum in mora**, isto é, o juízo que defve ser fei-

to é de probabilidade e não certeza ou fundada convicção, raciocinando por um critério de verossimilhança e utilidade-conveniência, ante a possibilidade de modificação dos fatos ou a consumação do evento temido. Como ensina Pontes de Miranda, a cautelar é concedida pelo receio “em se considerar que algo mau vai ocorrer ou é provável que ocorra”. [...] “O grau do provável é examinado pelo juiz, mas se ele mesmo tem dúvida, deve deferir o pedido de medida cautelar”. (Comentários ao Código de Processo Civil. Tomo XII.1976; apud Ação Civil Pública. Rodolfo de Camargo Mancuso. RT. 1989, pp. 108/109. Mesmo sentido: Ação Ação Civil Pública. Paulo Affonso Leme Machado. RT. 1987, p. 38).

De fato, é mais técnico e preciso falar-se, como Calamandrei que, no **thema decidendum**, assegura-se o presente, confirmando uma impressão inicial e diante de uma instrumentalidade hipotética, tudo, **d'autre part**, na consagração de que a atividade legislativa de efeito, em todos os setores públicos, deve concretizar o direito constitucional, sempre inserindo-se nessa tendência à publicidade ampla, com a maior transparência possível, notadamente, a partir da Constituição de 1988 (Lições extraídas de Odete Madaunar, In o Direito Administrativo em Evolução. RT. 1993, pp. 149 e 223).

III. **In hypothesis**, desta forma, prende-se a liminar a possibilidade de direito e probabilidade de dano pois, em medida preventiva, basta cognição sumária, provisória e incompleta dos respectivos pressupostos, já que o mérito cautelar será examinado, como é cediço, de forma aprofundada, no curso do processo de instrução ampla (vide Agravo de Instrumento n. 7.674, da Capital, publicado em 20.04.93).

Assim, o superior propósito institucional do Ministério Público, no caso dos autos, está revestido sem dúvida possível, da fumaça do bom direito, à vista do fato concreto (fls. 03 **usque** 11), da farta documentação acostada (fls. 13/60) e da legislação em que vem insculpida pretensão inicial. Dita dedução, vê-se logo é clarividente.

Mas, oportuno se registre, ainda: os legítimos e duradouros anseios dos usuários da balneário atingido (fls. 15/17), o flagrante, crescente e consentido esbulho ao patrimônio público, com a degradação do meio ambiente e os notórios danos aos interesses turísticos, prejudicando, com a permanência do atual **status**, como é cediço, a visão de qualquer outra obra em

execução a ser concretizada pela municipalidade na referida praia (vide fotos de fls. 18/22).

De outro lado, **vis-à-vis** o relatado na exordial e comprovado pela prova documental, situação configurada da probabilidade da ocorrência de dano à coletividade, com o crescente aumento da favelização, fato aliás, decantado, como freqüência pela própria imprensa (p. ex. 55), o que configura danos ao meio ambiente prejuízo aos interesses da natureza turística, além de violação às áreas públicas, circunstância que tipifica, em tese, crime, bem como fere a legislação em vigor, fatores que, no seu conjunto, deixam sobressair, indiscutivelmente, o pressuposto do perigo de dano. Acresça-se, que, aqui, demonstrou-se que a Municipalidade de tudo foi devidamente notificada (fls. 51/54).

Ademais, oportunidades foram proporcionadas para o equacionamento do conflito de forma menos traumática (vide fls. 75/6 e 92/3). No entanto, o comportamento do Município se constituiu em verdadeiro descaso ao desempenho da Justiça, quer por seu **aeternum** sentido de adiar soluções (fls. 118, 121, 133/142), além da despropositada agressão ao direito de fls. 128, que provocou o pronunciamento do Sr. Promotor de Justiça nas fls. 124/127 e a singela e imaginada resposta de fls. 132.

Registre-se, no mais, que a Prefeitura, por seus mandatórios, vem se caracterizando pelo não cumprimento de liminares (como, inclusive, na cautelar n. 2395046313.9).

Por outro lado, estranho, descabido e inoportuno se apresenta o manifesto do “Movimento dos Moradores Posseiros Urbanos de Canasvieiras” (fls. 109/114), a para de sua unilateralidade como prova, só serviu para demonstrar que os mesmos não cumprem seus acordos judiciais formalizados (fls. 92/93), além de se contrapor, ainda, ao abaixo assinado há pouco noticiado e que é, também, anexado aos autos. Nas fls. 128 e 148, vemos notícias que demonstram não só o menosprezo como o verdadeiro escárnio à intenção séria e provocada da justiça. Diversas associações, por sua vez, igualmente, repudiam a permanência da favela no local (doc. incluso).

Indefiro, pois, o desentranhamento pretendido pelo Ministério Público (fls. 146, letra c), para que a documentação permaneça no processo como prova, **in casu**, da má-fé evidente dos posseiros (vide fls. 92/93) e defiro, como disse e, excepcionalmente, a juntada do abaixo assinado anexo e manifestação das associações de Canasvieiras.

Pretende, o “Movimento dos Moradores” citado, por certo, bem como as autoridades municipais, inverter o conceito de interesse público (= interesse legítimo do Ministério Público e dos contribuintes de Canasvieiras), sob o falso pretexto de evitar-se lesão à ordem pública (mas quem vio-

lou a ordem não foram os invasores das terras públicas?). Sobre o tema é importante que sejam conhecidas as lições inseridas no RTJE, v. 29, aut. 94, pp. 63 e ss.. A compreensão do conceito de cidadania e seus valores, da mesma forma, é encontrada nas fls. 236/242, da RT.

A cidadania, qualidade que poucos parecem conhecer e que vem sendo utilizada, por alguns, no sentido inverso, com o qual se visou lucros imediatos e políticos, na linguagem do Des. Xavier Vieira, não é contrária sem grandeza e sem deveres (JC 65/37).

Diga-se, por derradeiro, que o prazo para solucionar o problema, segundo termos de fls. 92/93, transcorreu **in albis**, e sem qualquer solução prática. Não se imagine, por certo, que o prazo pudesse ser ilimitado (o projeto que autoriza o Executivo a permutar área de terras foi enviado em 09.06.94 — fls. 29 e s.). O lapso temporal arbitrado no termo de acordo foi de 30 dias.

À luz do exposto,

1º) Indefiro o desentranhamento desejado pelo Ministério Público na fl. 146, letra “c” e, de ofício, determino, para informação processual, a juntada do abaixo-assinado anexo e da manifestação das Associações de Canasvieiras, contrárias à permanência da favela no local em que se encontra;

2º) **Defiro**, em face das razões expostas, o mandado liminar para a imediata remoção das edificações clandestinas erigidas nas áreas públicas municipais descritas na petição inicial e, com isso, ratifico a medida concedida **initio litis** nas fls. 69/71. Requisite-se a Força Pública;

3º) Porque caracterizado diversos delitos, em tese, **defiro** o pedido do Ministério Público de fls. 146, letra “d”, para que assim o Sr. Prefeito Municipal responda, pessoal e criminalmente, pela dilapidação do patrimônio público e demais crimes configurados, conforme aliás, já anunciado nos autos (fls. 54, 62, letra “b”, 71, 82, 124/127 e 146, letra “d”).

Extraia-se cópia do processo e encaminha-se, para os devidos fins, ao Sr. Procurador-Geral de Justiça.

~~—Intimem-se e cumpra-se.~~

Florianópolis, 24 de novembro de 1995.

Volnei Ivo Carlin
Juiz de Direito.

BIBLIOGRAFIA

- ALVES, Alaôr Caffé. "O uso do solo metropolitano": disciplinamento e controle — conflitos de competência. In *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo* Dez/77, nº 11, p. 327-349.
- ALVES, Vilson Rodrigues. *Uso nocivo da propriedade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992. 641 p.
- ANTUNES, Luiz Felipe Colaço. *A Tutela dos interesses difusos em direito administrativo — para uma legitimação procedimental*. Coimbra: Almeidina, 1989, p. 47.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. *Curso de direito ambiental: doutrina, legislação e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2º ed., 1992, 399 p.
- ARISTÓTELES. *A política*. Trad. Nestor Silveira Chaves. Rio de Janeiro: Ediouro, sd. Coleção Universitária de Bolso. 187 p.
- BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. I, Rio de Janeiro: Forense, 1981, 436 p.
- BARBOSA, Rui. *República, teoria e prática*. São Paulo, Ed. Vozes, 1978, 343 p.
- BENJAMIN, Antonio Herman V. *Função Ambiental*. V. In: *Dano Ambiental, Prevenção, Reparação e Repressão*. Coord. BENJAMIN, Antonio Herman. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, v.2, p. 9-82, 470 p.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. v. III. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1917, 448 p.
- . *Direito das coisas*. 5º ed. v. I, Rio de Janeiro: Forense, s. d., 372 p.
- . *Código Civil comentado*. 4º ed., Rio de Janeiro, Forense, 1956.
- . *Teoria geral do direito civil*. 2º ed. rev, atual., por Prof. Caio Mário da Silva Pereira. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1980, 343 p.
- BITTAR FILHO, Carlos Alberto. *Tutela do meio ambiente: a legitimação ativa do cidadão brasileiro*. *Revista Forense*, São Paulo, v. 82, nº 698, dez. 1993 p. 12 /16.

- BLASI, Paulo Henrique. Da desapropriação e da reversão do bem expropriado. Florianópolis, Imprensa da Universidade Federal de Santa Catarina, 1967, 101 p.
- BOBBIO, Norberto. Liberalismo e democracia (Liberalismo e Democrazia) , São Paulo: Brasiliense, 1990, 3º ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira, 100 p.
- BRANDÃO, Paulo de Tarso. Ação civil pública. Florianópolis, Livraria e Editora Obra Jurídica, 1966, 149 p. .
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional, Coimbra: Almeidina, 5º. ed., 1991, 1210 p.
- CAPPELLETTI, Mauro. Acesso à Justiça. Conferências proferida no Plenário da Assembléia Legislativa do Rio Grande do Sul, em 26 e 27 de novembro de 1984, trad. Tupinambá Pinto de Azevedo, não revista pelo conferencista. Porto Alegre: Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, v. 1, n. 18. 1985, p. 8-26.
- CARVALHO, Carlos Gomes de. Introdução ao Direito Ambiental. São Paulo: Letras e Letras, 2º ed. 1991, 329 p.
- CASTRO, Sônia Rabello de. O Estado na preservação de bens culturais. Rio de Janeiro: Renovar, 1991, 153 p.
- CHAVES, Antônio. Lições de direito civil. São Paulo: Bushatsky, Universidade de São Paulo, 1972, 205 p.
- CHIAVENATO, Júlio José. O massacre da Natureza. São Paulo: Moderna, 1989. 136 p.
- COMPARATO, Fábio Konder. O poder de controle na sociedade anônima. Rio de Janeiro: Forense, 1983, 3º ed. 408 p.
- CORREIA, Fernando Alves. O plano urbanístico e o princípio da igualdade. Col Teses. Coimbra: Almeidina, 1989, 708 p.
- CRETILLA JÚNIOR, José. Natureza Jurídica da Função Pública. São Paulo: Saraiva, 1953, 109 p.
- .Direito Administrativo Comparado. Rio de Janeiro: Forense, 1990. 308 p.
- CUSTÓDIO, Helita Barreira. In Enciclopédia Saraiva de Direito. Coord. Prof. R. Limongi França, v. 75, p. 319-339 — São Paulo: Saraiva, 1977, p. 320.

- . Responsabilidade Civil por Danos ao Meio Ambiente, São Paulo, 1983. Tese de livre docência junto ao Departamento de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.
- . A Questão constitucional: propriedade, ordem econômica e dano ambiental. Competência concorrente. In Dano Ambiental, Prevenção, Reparação e Repressão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, v. 2, coord. Antonio Herman Benjamin, p. 115-143, 470 p.
- DESPAX, Michel. Droit de L'environnement. Paris: Librairies Techniques, 1980, 879 p.
- DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro. São Paulo: Saraiva 1982, v. I, 286 p.
- . Norma constitucional e seus efeitos. 2º ed., atual., São Paulo: Saraiva, 1992, 155 p.
- DÓRIA JÚNIOR, João. O Turismo brasileiro precisa de um choque elétrico. *Brasilturis Jornal* 9 (213) 2º quin., agosto de 1990.
- DÓRIA, Sampaio. Direito constitucional. 4º v. São Paulo: Limonad, 1960, 985 p.
- FERNANDES NETO, Tycho Brahe. Direito ambiental. Uma necessidade. Imprensa Universitária. UFESC. sd. sp.
- FERNANDES, Milton. Problemas e limites do dirigismo contratual. Tese de doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 1969.
- FERNANDEZ, Antonio Corceller. Instituciones de Derecho Urbanístico. Madrid: Montecorvo, 2º ed. 1981, 458 p.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. A Tutela dos interesses difusos. Coord. Ada Pellegrini Grinover. (Painel de Debates) São Paulo: Limonad. 1984, 254 p.
- FERRAZ, Joandre Antonio. O regime jurídico do turismo. Campinas: Papirus, 1992. 162 p.
- FERRAZ, Sergio. Responsabilidade civil por dano ecológico. In *Revista de Direito Público*, nº 49-50. p. 34-41.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Direito constitucional econômico. [s.l.]: Saraiva, 1990, 231 p.

- . Curso de direito constitucional. 19º ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1992, 322 p.
- GOMES, Orlando. Direitos de personalidade. Revista Forense, v. 216, p. 5-10. Rio de Janeiro. out/dez. 1966.
- GONÇALVES, Luiz da Cunha. Tratado de direito civil. São Paulo: Limonad. 1955, 2º ed, v.I, t 1, 584 p.
- GRAU, Eros Roberto. Elementos de direito econômico. São Paulo: RT, 1981, 143 p.
- . Direito urbano, regiões metropolitanas, solo criado, zoneamento e controle ambiental. São Paulo: RT, 1983, 151 p.
- . A ordem econômica na constituição de 1988 (interpretação e crítica). São Paulo: RT, 1991, 336 p.
- . Proteção do meio ambiente (caso do parque do povo). Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 702, p. 247-260, abr. 1994.
- GRECO, Leonardo. Competências constitucionais em matéria ambiental. In: Revista dos Tribunais. v. 687. p. 23-33. São Paulo: RT, jan. 1993,
- GRINOVER, Ada Pellegrini. A problemática dos interesses difusos. In A Tutela dos interesses difusos. Coord. Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Max Limonad. 1984. p. 29-45. 258 p.
- JAGUARIBE, Hélio. “O experimento democrático na história ocidental”. In Brasil, sociedade democrática. Rio de Janeiro: José Olympio, 1985 (Coleção Documentos Brasileiros), v. n. 196, 500 p.
- KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. (Reine Rechtslehre). 2º ed., trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1987, 371 p.
- LACERDA, Galeno de. Ação civil pública. Revista do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, ed. especial, v. 19, 1986, p. 11-33.
- LIMA, Ruy Cirne. Princípios de direito administrativo. 6ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, 219 p.
- MACEDO, Silvio Soares. Paisagem, Urbanização e Litoral. do Éden à Cidade. Tese apresentada para concurso de livre-docência junto à Faculdade de Arquitetura e Urbanismo da Universidade de São Paulo. Janeiro de 1993. 207 p. Inédito.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Ação civil pública (ambiente, consumidor, patrimônio cultural) e tombamento. 2º ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987, 132 p.

———. Estudos de direito ambiental. São Paulo: Malheiros, 1994, 166 p.

MAGALHÃES, Maria Luíza Faro. Função social da propriedade e meio-ambiente. In Dano ambiental, prevenção, reparação e repressão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, v. 2, coord. Antonio Herman V. Benjamin, p. 147-151, 470 p.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.347/85 e legislação complementar. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989, 210 p.

———. Interesse difuso: conceito e legitimação para agir. 2º ed. rev. e atual., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991, 216 p.

MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, 360 p.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. São Paulo: 1988, 13º ed. Editora Revista dos Tribunais, 701 p.

———. Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção. 13º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, 197 p.

———. Direito administrativo brasileiro, São Paulo: RT, 1991, 16º ed., p. 110.

———. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 17º ed. atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, 1992, 701 p.

———. Direito Municipal Brasileiro. São Paulo: Malheiros, 6º ed. 2º tiragem, 1993, 602 p.

———. Mandado de segurança, ação popular, ação civil pública, mandado de injunção e “habeas data”. 16º ed. atual., São Paulo: Malheiros, 1994, 254 p.

———. Proteção ambiental e ação civil pública. In Justitia, nº 135, p. 88-98.

~~MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Ato administrativo e direitos do Administrado. São Paulo: RT, 1980, 215 p.~~

MILARÉ, Édís; NERY Júnior, Nelson; FERRAZ, Antonio Augusto de Mello Camargo. A Ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos. São Paulo: Saraiva, 1984. 218 p.

- . O Ministério público e a responsabilidade civil do profissional nas atividades modificadoras do meio ambiente. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 623, p. 31-39, set. 1987.
- . Curadoria do Meio ambiente. *CADERNOS INFORMATIVOS Associação Paulista do Ministério Público*, S. Paulo, 1988, 432 p.
- . A Ação civil pública na nova ordem constitucional. São Paulo: Saraiva, 1990, 206 p.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários à Constituição de 1967 com a emenda nº1 de 1969. São Paulo: RT, 1974, t. V, 2º ed. p. 397.
- . Tratado das ações. São Paulo: RT, 2º ed. 1974, v. V, p. 274.
- . Dez anos de pareceres. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1976, v. 8, 280 p.
- . Tratado de direito privado, 4º ed. t. II São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, 576 p.
- . Tratado de direito privado, 4º ed. t. XI, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, 497 p.
- . Tratado de direito privado, 4º ed. t. XIII, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983. 511 p.
- MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de Direito Civil. Direito das Coisas. 21ª ed. rev. e atual., 3ºv., São Paulo: Saraiva, 1982, 446 p.
- . Curso de Direito Civil. Parte Geral. 33ª ed. 1ºv. São Paulo: Saraiva, 1995. 323 p.
- MORAND-DEVILLER, Jacqueline. Environnement et paysage. *AJDA*, L'actualité Juridique Droit Administratif, Paris, nº 9-20 septembre 1994 p. 588-595.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Introdução ao direito ecológico e ao direito urbanístico. 2º ed. Rio de Janeiro: Forense, 1977, 198 p.
- . ~~Ordem econômica e desenvolvimento na constituição de 1988.~~ Rio de Janeiro: APEC, 1989, 99 p.
- MUKAI, Toshio. Administração pública na constituição de 1988. 2º ed. São Paulo: Saraiva, 1989, 191 p.

- .Direito ambiental sistematizado. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1º ed., 1992, 191 p.
- NAUFAL, José. Novo dicionário jurídico brasileiro, São Paulo: Parma., 1984, 7º ed. v. I, 858 p.
- NEIMAN, Zysman. Era verde? — ecossistemas brasileiros ameaçados. 5º ed. São Paulo: Atual, 1991. 103 p.
- NERY JÚNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria B. B. de Andrade. Responsabilidade civil, meio-ambiente e ação coletiva. In Dano Ambiental, prevenção, reparação e repressão, coord. Antonio Herman V. Benjamin. São Paulo, RT, 1993 (Biblioteca de Direito Ambiental), p. 278-307, 470 p.
- ODUM, Eugene P. Ecologia. [Basic ecology] trad. Christopher J. Tribe. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1988, 434 p.
- OLIVEIRA, José Aparecido de. Brasília, Patrimônio Universal, Folha de São Paulo, São Paulo, 8.12. 1987.
- PASQUALOTTO, Adalberto de Souza. O Ministério Público e a tutela do meio ambiente. In Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Porto Alegre: nº 31. p. 107-127.
- PELLEGRINI FILHO, Américo. Ecologia, cultura e turismo. Campinas: Papi-rus, 1993 (Coleção Turismo), 190 p.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. Rio de Janeiro, Forense, 1995, 17º ed. rev. e atual., v. I, 463 p.
- PEREIRA, Laffayette R. Direito das Coisas. 6º ed. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1956, 672 p.
- PINTO, Marília Muricy M. Valores Jurídicos. In Enciclopédia Saraiva de Direito. Coordenação Prof. R. Limongi França. v. 76, p. 392-394. São Paulo: 1977.
- POLETTE, Marcus. Gerenciamento costeiro integrado: Proposta metodológica para a paisagem litorânea da microbacia de Mariscal município de Bombinhas (SC) — Brasil. Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ecologia e Recursos Naturais do Centro de Ciências Biológicas e da Saúde da Universidade Federal de São Carlos. São Carlos-SP, 1997, 210. p. Inédito.
- PORTUGAL, Altino. In Enciclopédia Saraiva de Direito. Coord. Prof. Limongi França, v. 29, p. 325-8.

- PRADE, Péricles. Conceito de interesses difusos. Palermo (Itália). São Paulo: Renzo Mazzonne editore. Coleção Themis, 1896. 77 p.
- PRADO, Ney. Os Notáveis Erros dos Notáveis. Rio de Janeiro: Forense, 1987. 166 p.
- PRIEUR, Michel. Droit de l'environnement. Paris: Dalloz, 1984, 1101 p.
- RIBEIRO, Darci. Teoria do Brasil. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1972. p. 93
- RODRIGUES, José Eduardo Ramos. Tombamento e patrimônio cultural. In Dano ambiental, prevenção, reparação e repressão. Coord. Antonio Herman V. Benjamin. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, v. 2, p. 181-206. 470 p.
- RODRIGUES, Sílvio. Direito civil. parte geral. 25º ed., atual., v. 1, São Paulo: Saraiva, 1995, 350 p.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do contrato social; Ensaio sobre a origem das línguas; Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens; Discurso sobre as ciências e as artes. trad. Lourdes Santos Machado; introdução e notas de Paul Arbousse-Bastide e Lourival Gomes Machado. 3 ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983 (Os Pensadores), 428 p.
- RUFINO, Gilberto D'ávila. Terrenos de marinha — interesse do município. Boletim de Direito Municipal, São Paulo: ed. NDJ, out. /88. p. 562-565, p. 562.
- . Regime Jurídico dos Bens Públicos Litorâneos. In Apostila do Curso de Direito Ambiental, promovido pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e a Universidade Livre do Meio Ambiente, de 12 a 30 de setembro de 1994, texto fotocopiado, 7 p.
- SALLES, José Carlos de Moraes. A desapropriação à luz da doutrina e da jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. 959 p.
- SALVADOR, Antonio Raphael Silva; OLIVEIRA, José Prézia de; SANSEVERINO, Milton et al. O Ministério Público no Processo Civil. Justitia, São Paulo, vol. 82.
- SAMPAIO, Francisco José Marques. Meio ambiente no direito atual brasileiro. Curitiba: Juruá, 1993, 99 p.
- SANTI ROMANO. Princípios de direito constitucional geral. Trad. Maria Helena Diniz. São Paulo: RT, 1977, 396 p.
- SANTORO-PASSARELLI, F. Teoria geral do direito civil. Coimbra: trad., Atlântida, 1967, p. 49-62.

- SILVA, José Afonso da. Ação popular constitucional. São Paulo: Ed. RT, 1968, p. 306 p.
- .Direito Urbanístico Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1981. 617 p.
- .Aplicabilidade das normas constitucionais. 2º ed. São Paulo: RT, 1982, 258 p.
- .Curso de direito constitucional positivo. 9º ed. São Paulo: Malheiros, 1992, 692 p.
- .Direito ambiental constitucional. 2ª ed. rev. São Paulo: Malheiros, 1995, 243 p.
- .Direito urbanístico brasileiro. 2º ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1995. 421 p.
- SLAIBI FILHO, Nagib. Anotações à Constituição de 1988 — aspectos fundamentais. Rio de Janeiro: Forense, 1989, 393 p.
- SOUZA FILHO. Carlos Frederico Mares. A Proteção Jurídica dos Bens Culturais. In Revista da Procuradoria Geral do Estado do Paraná, v. 3, ano 5, Curitiba, jul. 1991, p. 3-20.
- SUNDFELD, Carlos Ari. Função social da propriedade. In Temas, de Direito Urbanístico, 1. Coordenadores Adilson de Abreu Dallari e Lúcia Valle Figueiredo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, 173 p.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Tutela dos interesses coletivos — difusos no direito brasileiro. In Revista Jurídica de Porto Alegre, v. IV, 182, dez. 1992, p. 5-24.
- TÁCITO, Caio. Direito administrativo. São Paulo: Saraiva, 1975, 369 p.
- VAZ, Isabel. Direito Econômico das propriedades. 2.º ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, 673 p.
- VAZ, Manoel Afonso. Direito econômico e a ordem econômica portuguesa. Coimbra: Coimbra ed., 1984, p- 86-87
-
- WATANABE, Kazuo, Tutela jurisdicional dos interesses difusos: a legitimação para agir. In. A Tutela dos interesses difusos. Coord. Ada Pellegrini Grinover. São Paulo: Max Limonad, 1984, p. 85- 97. 258 p.
- .Encyclopédia Britannica do Brasil. Rio de Janeiro-São Paulo: Publicações Ltda, 1992, vol. 15, p. 249-50.

- . *Nosso Futuro Comum*. Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, 2º ed. Editora Fundação Getúlio Vargas, 1991, 430 p.
- . *A Terceira Onda*. *Isto É*. n.º.1382: p. 36-40. 27 de março de 1996.

LEGISLAÇÃO:

- BRASIL. Constituição Política do Império do Brasil. Dada na cidade do Rio de Janeiro, aos 25 de março de 1824. Texto publicado na íntegra em *Constituições do Brasil*, 6 ed., 1º v., org. rev. e ind. por Carlos Eduardo Barreto, São Paulo, Saraiva, 1971.
- BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Publicada na Sala das Sessões do Congresso Nacional Constituinte, na cidade do Rio de Janeiro, em 24 de fevereiro de 1891. id.
- BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de fevereiro de 1891, com emendas promulgadas no Rio de Janeiro em 7 de setembro de 1926. id.
- BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Publicada na Sala das Sessões da Assembléia Nacional Constituinte, na cidade do Rio de Janeiro, em 16 de julho de 1934. id.
- BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Outorgada na cidade do Rio de Janeiro em 10 de novembro de 1937. id.
- BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Promulgada em 18 de setembro de 1946. Rio de Janeiro. Publicada no *Diário da Assembléia e no Diário Oficial da União de 19 de setembro de 1946*. id., v. 2.
- BRASIL. Constituição do Brasil. Promulgada em 24 de janeiro de 1967. Brasília. Publicada no *Diário Oficial da União de 24 de janeiro de 1967* e no *Diário do Congresso Nacional no dia imediato*. id., v. 2.

BRASIL. Emenda Constitucional nº I, de 17 de outubro de 1969. Brasília. Publicada no Diário Oficial da União de 20 de outubro de 1969, retificada no dia imediato e republicada a 30 de outubro de 1969. id., v. 2.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 5 de outubro de 1988, Brasília, Diário Oficial da União, nº 191-A, de 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Instituiu Código Civil Brasileiro.

BRASIL. Decreto-lei nº 25, de 30 de novembro de 1937. Organiza a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional. Rio de Janeiro, Diário Oficial de 6 de dezembro de 1937, republicado em 11 de dezembro de 1937.

BRASIL. Decreto-lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946. Dispõe sobre os bens imóveis da União e dá outras providências, Rio de Janeiro, publicado no Diário Oficial da União, de 6 de setembro de 1946.

BRASIL. Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964. Dispõe Sobre o Estatuto da Terra e dá outras providências, Brasília, Diário Oficial da União de 30 de novembro de 1964, retificado e republicado em 6 de abril de 1985.

BRASIL. Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965. Regula a ação popular. Republicação feita no Diário Oficial da União, Brasília, 8 de abril de 1974, supl., em obediência ao art. 20 da Lei 6.014, de 27 de dezembro de 1973.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 17 de janeiro de 1973.

BRASIL. Decreto nº 71.791, de 31 de janeiro de 1973. Dispõe sobre zonas prioritárias para o desenvolvimento do turismo e dá outras providências, Brasília, Diário Oficial da União de 2 de fevereiro de 1973.

BRASIL. Ministérios da Indústria e do Comércio, da Relações Exteriores, da Fazenda, da Agricultura, da Educação e Cultura, do Interior e da Secretaria do Planejamento da Presidência da República. Exposição de Motivos nº 11, de 15 de março de 1977, em Áreas especiais e locais de interesse turístico; legislação. Rio de Janeiro, EMBRATUR/ Diretoria de Planejamento, agosto de 1982.

BRASIL. Lei nº 6.513, de 20 de dezembro de 1977. Dispõe sobre a criação de Áreas Especiais e de Locais de Interesse Turístico; sobre o Inventário com fi-

nalidades turísticas dos bens de valor cultural e natural; acrescenta inciso ao art. 2º, da Lei nº 4.132, de 10 de setembro de 1962; altera a redação e acrescenta dispositivo à Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965; e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 22 de dezembro de 1977.

BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins, e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 2 de setembro de 1981.

FLORIANÓPOLIS. Decreto Municipal n. 112/85. Tomba as dunas de Ingleses, Santinho, Campeche, Armação do Pântano do Sul e Pântano do Sul, no Município de Florianópolis, publicado no Diário Oficial do Estado de 11 de junho de 1985.

BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico [...] e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 25 de julho de 1985.

BRASIL. Lei nº 7.661, de 16 de maio de 1988. Institui o Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro, Brasília, Diário Oficial, de 17 de maio de 1988.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, Diário Oficial da União, de 12 de setembro de 1990.

BRASIL. Lei nº 8.181, de 28 de março de 1991. Dá nova denominação à Empresa Brasileira de Turismo — EMBRATUR, e dá outras providências, Brasília, Diário Oficial da União, de 1º de abril de 1991.

BRASIL. Decreto nº 448, de 14 de fevereiro de 1992. Regulamenta dispositivos da Lei nº 8.181, de 28 de março de 1991, dispõe sobre a Política Nacional de Turismo e dá outras providências, Brasília, Diário Oficial da União de 17 de fevereiro de 1992.

BRASIL. Medida Provisória nº 1567, de 14 de fevereiro de 1997. Dispõe sobre a regularização, administração aforamento e alienação de bens imóveis de domínio da União, altera dispositivos dos Decretos-Leis nºs 9.760, de 5 de setembro de 1946 e 2.398, de 21 de dezembro de 1987, regulamenta a § 2º, do art. 49, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, e dá outras providências, Brasília, Diário Oficial da União, 14 de fevereiro de 1997

PORTARIA

BRASIL. Portaria nº 583, Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento. Estabelece critérios para a inscrição de ocupação, a título precário, de imóveis de domínio da União, Brasília, Diário Oficial da União, 14 de agosto de 1992.

CONVENÇÕES

BRASIL. Convenção de Paris, Unesco, Paris, 14 de novembro de 1970, aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 71, de 28 de novembro de 1972, e ratificado pelo Decreto nº 72.312, de 31 de maio de 1973. Brasília, Diário Oficial da União de 1º de junho de 1973.

BRASIL. Convenção Sobre a Salvaguarda do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, Unesco, Paris, 16 de novembro de 1972, aprovada no Brasil pelo Decreto Legislativo nº 74, de 30 de junho de 1977, e ratificada pelo Decreto nº 80.978, de 12 de dezembro de 1977. Brasília, Diário Oficial da União de 14 de dezembro de 1977.

INFORMATIVO

BRASIL. Informativo Embratur nº 01, Rio de Janeiro, Embratur, Centro Brasileiro de Informação Turística — CEBITUR —, 29 de abril de 1976.

PUBLICAÇÕES

BRASIL. Ministério da Educação e Cultura. SPHAN. Fundação Nacional Pró-Memória. Proteção e revitalização do patrimônio cultural do Brasil: uma trajetória. Publicações da Secretaria do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional, nº 31. 196 p.

RESOLUÇÕES

BRASIL. Resolução CONAMA, nº 001, de 23 de janeiro de 1986. Estabelece definições, responsabilidades, critérios básicos e diretrizes gerais para uso e implementação da Avaliação de Impacto Ambiental como um dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente, Brasília, Diário Oficial da União, de 17 de fevereiro de 1986.

BRASIL. Resolução nº 01, de 21 de novembro de 1990, da Comissão Intermministerial Para os Recursos do Mar, que aprova o Plano Nacional de Gerenciamento Costeiro, Brasília, Diário Oficial da União, de 27 de novembro de 1990.

CADERNO DE DOCUMENTOS

BRASIL. Ministério da Cultura, IPHAN. Caderno de Documentos. nº3, Cartas Patrimoniais. Brasília, 1995. 343 p.

ACÓRDÃOS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 12555. Rel. Ministro Orozimbo Nonato. Acórdão unânime da 2ª turma do S.T. F., j. 7.5.46, publicado na Revista Forense nº 107, p. 65.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 32.222-8 (Registro nº 92.0024051-8), do Paraná, Relator Ministro Garcia Vieira, publicado na R. Sup. Trib. de Just., Brasília, a. 5, (48): 111-440, agosto 1993, p- 412-427.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça, Agravo de Instrumento nº 4.212, da Capital, Relator Des. Volnei Carlin. Publicado no Diário da Justiça nº 7.481, de 17.03.88, p. 12.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 43.0009, da Capital, Relator Des. Napoleão Amarante. Publicado na Diário da Justiça do Estado nº 9.309, de 30.8.95, p. 6.

SÃO PAULO. 1º Tribunal de Alçada Civil. Agravo de Instrumento nº 210.386. Relator Juiz Evaristo dos Santos. Publicado na Revista dos Tribunais, nº 482, p. 143-145.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Reexame Necessário n. 5890002591 — 2º Câmara Civil —. Relator Des. Mário Rocha Lopes. Publicado na Revista de Jurisprudência do T.J.R.G.S. n. 139, p. 70-72.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível nº 112.282-1. Relator Des. Fonseca Tavares. Publicado na Revista de Jurisprudência do T.J.E.S.P nº 122, p. 50-52.

SÃO PAULO. Tribunal de Alçada Civil de São Paulo. 2º Grupo de Câms. Cíveis. Embargos Infringentes n. 71.554 — Ibitinga — J. em 1º-6-65 — Rel. Min. Campos Gouvêa (designado), ementa publicada na Revista dos Tribunais v. 376, p. 334.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Mandado de Segurança n. 10.503-0, Rel. Des. Yussef Cahali, j. 18.4.90, acórdão publicado na Revista do Tribunais v. 657, p. 74.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 95.285-1 — Ribeirão Preto — Rel. Des. Jorge Almeida — j. 28.3.88, acórdão publicado na RJTJESP, v. 114, p. 38.
